



Università degli Studi di Milano - Bicocca

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in **Diritto penale e criminologia**

La coazione terapeutica. Uno studio comparato.



Marta Pelazza

Matricola: **059881**

XXVI Ciclo - a.a. **2012 / 2013**

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

INDICE

Indice	I
--------------	---

INTRODUZIONE	1
---------------------------	---

CAPITOLO I L'ORDINAMENTO INGLESE

Sezione I. Cenni introduttivi.	7
1. Introduzione.	7
2. Le linee fondamentali dell'attuale disciplina del trattamento coatto dei pazienti psichiatrici e dei pazienti incapaci. Brevi note sulla recente evoluzione normativa.	8
2.1. Il <i>Mental Health Act</i> : quadro d'insieme.....	9
2.1.1. Il Code of Practice.....	14
2.2. Il <i>Mental Capacity Act</i>	16
2.2.1. Le origini.	16
2.2.2. Le norme e gli emendamenti approvati su impulso della giurisprudenza di Strasburgo.	18
2.3. Il concetto di incapacità.....	21
2.3.1. La distinzione tra il concetto di disturbo mentale e quello di incapacità.....	28
 Sezione II. Il <i>Mental Health Act</i>.	31
1. Definizioni e concetti fondamentali.	32
1.1. I principi codificati.	32
1.2. Il concetto di “mental disorder”.	35
1.3. <i>Il treatability test</i>	39
1.3.1. Il testo originario.	39

1.3.2. Il nuovo “treatability test”	41
2. I tipi di patologie “trattabili” contro la volontà del paziente nel MHA	44
2.1. Alcuni esempi. Rinvio	45
3. Le principali forme di intervento sulle patologie psichiatriche contro la volontà del paziente	47
3.1. Coazione detentiva: <i>admission for assessment</i>	53
3.2. (segue) <i>admission for treatment</i>	56
3.3. (segue) e <i>admission for assessment in cases of emergency</i>	60
3.4. Altre forme di interventi coattivi: <i>holding powers</i>	61
3.5. (segue) poteri delle forze dell'ordine, “warrants to search for and remove”, e “retaking of patients”	62
3.6. Coazione non detentiva nel MHA: il “leave of absence”	64
3.7. (segue) ... e la “guardianship”	66
3.8. Obbligatorietà, ma non coazione diretta: i <i>Supervised Community Treatment</i>	68
3.9. Le misure disposte nell'ambito di un procedimento penale	73
4. Le figure di supporto e rappresentanza del paziente	90
4.1. Il ruolo del <i>nearest relative</i>	90
4.2. Informare il paziente dei suoi diritti: l' <i>Independent Mental Health Advocate</i>	92
5. I pazienti psichiatrici volontari	96
5.1. Il “ricovero volontario” dei pazienti incapaci	96
5.2. La percezione soggettiva e la reale obbligatorietà del ricovero: le osservazioni della <i>Care Quality Commission</i>	98
6. Le regole che governano la sottoposizione dei pazienti ai trattamenti psichiatrici	103
6.1. Le tutele “speciali” per particolari tipi di trattamenti. La <i>neurosurgery</i>	107
6.2. (segue) La somministrazione di psicofarmaci per periodi superiori a tre mesi	110

6.3. (segue) L'elettroshock.	111
6.4. Le eccezioni per i casi di emergenza.	112
6.5. I trattamenti per i pazienti in <i>Supervised Community Treatment</i>	114
6.6. I trattamenti esclusi dalle tutele speciali.	116
7. L'uso della forza: la contenzione (fisica, meccanica, farmacologica) e l'isolamento dei pazienti psichiatrici.	118
7.1. Le norme.	118
7.2. La prassi e le osservazioni della <i>Care Quality Commission</i>	130
8. I poteri di controllo del personale sanitario sul paziente e le comunicazioni con l'esterno.	142
9. Il controllo giurisdizionale sui ricoveri psichiatrici: <i>First-tier Tribunal, habeas corpus e judicial review</i>	150
9.1. La funzione di controllo del <i>First-tier Tribunal</i> sui ricoveri "civili".	154
9.2. Il controllo giurisdizionale sui ricoveri disposti nell'ambito dei procedimenti penali.	161
Sezione III. Il <i>Mental Capacity Act</i>	165
1. Cure e ricoveri per i pazienti incapaci: il <i>Mental Capacity Act</i>	165
2. Il concetto di "privazione di libertà".	166
2.1. Contenzione e <i>deprivation of liberty</i>	172
3. Concetti fondamentali e principi generali.	172
3.1. Il concetto di <i>best interest</i> : cenni.	173
4. Cure e trattamenti senza "privazione di libertà". Le <i>substituted decisions</i>	178
4.1. L' <i>Independent Mental Capacity Advocate</i>	188
5. "Detention for care and treatment": la privazione di libertà del paziente incapace.	189
5.1. Le nuove procedure di autorizzazione.	191
5.2. Le possibilità di opposizione.	195

Sezione IV. Le interazioni tra <i>Mental Capacity Act</i> e <i>Mental Health Act</i> ed uno sguardo alla prassi.	197
1. Gli spazi di sovrapposizione tra MHA e MCA.	197
2. La soluzione inglese a " <i>hard cases</i> " emblematici.	201
2.1. Il rifiuto delle cure opposto dalla donna in gravidanza.	202
2.2. Anoressia nervosa e altre forme di rifiuto del cibo: " <i>force feeding</i> ".	204
2.3 Sterilizzazione di soggetti incapaci.	210
2.4. Il rifiuto "irrazionale" di trattamenti salvavita.	213

CAPITOLO II

I PRINCIPI INTERNAZIONALI

1. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.	217
1.1. L'articolo 5: diritto alla libertà e alla sicurezza.	217
1.1.1. La sentenza Winterwerp c. Paesi Bassi.	220
1.1.2. La sentenza Ashingdane c. Regno Unito.	226
1.1.3. La sentenza van der Leer c. Paesi Bassi.	227
1.1.4. La sentenza Aertz c. Belgio.	228
1.1.5. La sentenza Mihailovs c. Lettonia.	229
1.2. L'art. 3 CEDU: divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti.	238
1.3. L'articolo 8: diritto al rispetto della vita privata e familiare.	240
1.3.1. La sentenza Pretty c. Regno Unito.	240
2. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE.	242
3. La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina.	247
4. Atti comunitari relativi alla salute mentale.	257
4.1. Il "Libro verde" sulla salute mentale nell'UE.	258
4.2. Le risoluzioni del Parlamento Europeo.	263

4.2.1. La Risoluzione n. 2058 del 2006.....	263
4.2.2. La Risoluzione n. 2209 del 2009.....	269
5. Atti del Consiglio d'Europa.....	271
5.1. Il 'Libro bianco'.	271
5.2. La Raccomandazione 10 (2004) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.....	275

CAPITOLO III
LA COAZIONE TERAPEUTICA IN ITALIA: IL
QUADRO COSTITUZIONALE

1. Le norme costituzionali di riferimento per i trattamenti sanitari obbligatori.....	280
2. L'art. 13. La nozione di libertà personale.	283
2.1. La libertà personale come libertà fisica contro arbitrarie misure coercitive.	284
2.2. Libertà personale come libertà da misure degradanti della dignità sociale.....	291
2.3. La libertà personale come libertà morale oltre che fisica.	293
2.4. La libertà personale come diritto all'integrità psicofisica.....	297
2.5. La giurisprudenza costituzionale.....	300
2.5.1. Il criterio della libertà da costrizioni fisiche senza l'intervento dell'autorità giudiziaria.....	301
2.5.2. Il criterio della lieve entità dell'atto coercitivo....	304
2.5.3. Il criterio della degradazione giuridica dell'individuo.....	305
2.5.4. Il criterio della libertà morale.....	310
2.5.5. Alcune osservazioni conclusive.	313
3. L'art. 32. La <i>libertà di salute</i>	315
3.1. Caratteristiche del diritto alla salute.....	318
3.2. Il concetto di salute.	327

3.3. Il fondamento e la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32 secondo comma.....	330
3.3.1. Il principio della volontarietà dei trattamenti.	330
3.3.2. La necessità di una previsione legislativa espressa.	332
3.3.3. La riserva di legge: assoluta o relativa?	333
3.3.4. La riserva di legge: statale o anche regionale?	335
3.3.5. Il contenuto della disposizione di legge: la possibilità di imporre solo specifici trattamenti.	338
3.3.6. Il concetto di 'trattamento sanitario'.	339
3.3.7. Il limite del rispetto della persona umana, ed alcuni conseguenti parametri di legittimità costituzionale della legge che imponga trattamenti sanitari obbligatori.	341
3.4. Le finalità legittime del trattamento sanitario obbligatorio.	354
3.4.1. Teorie a confronto.	354
3.4.2. La giurisprudenza costituzionale.....	371
3.4.3. Il punto sulle posizioni di dottrina e Corte Costituzionale. Alcune riflessioni.	388
4. L'art. 32 e 13: I rapporti tra le norme costituzionali. Indipendenza o stretto collegamento?	391
4.1. La tesi dell'indipendenza dei due articoli.	391
4.2. La tesi della sovrapposizione delle garanzie <i>ex art. 13 e art. 32</i>	395
4.2.1. La tesi dell'art. 13 come norma “servente”.	395
4.2.2. Le posizioni di chi non accoglie la teoria dell'art. 13 come norma “servente”.	404
4.3. La giurisprudenza costituzionale.....	411
4.3.1. La sentenza 74 del 1968.	411
4.3.2. Ulteriori pronunce relative a trattamenti sanitari obbligatori.	414
4.3.3. Pronunce relative a prelievi ematici coattivi e accertamenti tecnici sulla persona.	420

CAPITOLO IV
LA NORMATIVA ITALIANA: TSO PSICHIATRICI E
ALTRE FORME DI COAZIONE

1. L'entrata in vigore dell'attuale disciplina. Brevi note sull'evoluzione normativa.....	424
1.1. La disciplina previgente.	425
1.2. La l. 431 del 1968.....	433
1.3. La l. 180 e la 833 del 1978.....	438
1.3.1. La legge 180.....	438
1.3.2. La legge 833/1978.....	443
2. La procedura dei Trattamenti ed Accertamenti Sanitari Obbligatoriosi per infermità psichica.....	448
2.1. I TSO in regime di degenza ospedaliera. La procedura di applicazione.....	454
2.1.1. Le fasi della procedura.	454
2.1.2. I punti problematici della procedura di applicazione. Proposta e convalida: l'individuazione dei medici ex art. 33 terzo comma e 34 quarto comma.	457
2.1.3. Il ruolo del sindaco.....	462
2.1.4. Il giudice tutelare: il procedimento di convalida. Portata ed effetti del suo sindacato.....	470
2.1.5. Alcune riflessioni sul ruolo del g.t. e problemi pratici nello svolgimento delle sue funzioni.	473
2.1.6. La durata del trattamento.....	479
2.1.7. L'omissione di atti di ufficio.....	482
2.1.8. Il termine del ricovero. Le dimissioni.	484
2.2. I dubbi di legittimità costituzionale della procedura.	488
2.2.1. Il momento iniziale del ricovero.	488
2.2.2. L'efficacia dell'eventuale mancata convalida del giudice.	493
2.2.3. Possibili interpretazioni costituzionalmente orientate?	494
2.2.4. La compatibilità del sindacato del giudice con il	

dettato costituzionale.....	498
2.2.5. Il diritto di difesa ex art. 24 e 111 Cost.....	499
2.2.6. Il problema della notifica.....	505
2.3. I rimedi amministrativi e giurisdizionali.....	513
2.3.1. Il ricorso amministrativo.....	513
2.3.2. La tutela giurisdizionale.....	518
2.3.3. La ricorribilità in Cassazione.....	531
2.3.4. La motivazione del decreto del tribunale.....	533
3. I presupposti del TSO in regime di degenza ospedaliera...536	
3.1. Le “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”.....	537
3.1.1. La teoria che esclude la pericolosità dai presupposti del TSO.....	540
3.1.2. Le analoghe posizioni di parte della giurisprudenza.	544
3.1.3. La teoria che afferma la rilevanza della pericolosità come presupposto dei TSO.....	548
3.1.4. La giurisprudenza che accoglie la tesi della pericolosità come presupposto dei TSO.....	564
3.1.5. Alcune riflessioni.....	570
3.2. Il presupposto della non accettazione degli interventi terapeutici da parte del soggetto.....	574
3.3. Il presupposto della mancanza di idonee misure sanitarie extraospedaliere.....	578
4. I TSO extraospedalieri.....	579
5. Gli accertamenti sanitari obbligatori.....	596
6. Il tipo di trattamenti praticabili in TSO.....	603
6.1. Contenuto dei TSO psichiatrici: patologie psichiche e patologie organiche.....	603
7. Il consenso della persona ritenuta incapace ai trattamenti sanitari in generale.....	612
8. Consenso al ricovero psichiatrico in amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: uno sguardo alla prassi, soluzioni proposte e problematiche emergenti.....	616

9. Ammissibilità di trattamenti obbligatori nei confronti di
persone ritenute capaci e che rifiutano le cure.633

BIBLIOGRAFIA.....643

INTRODUZIONE

Rispetto alla tematica dei trattamenti terapeutici è tradizionalmente dedicata grande attenzione dagli studiosi del diritto – civile e penale – al consenso del paziente.

E' ormai pacifico che, in un contesto di “alleanza terapeutica” tra medico e paziente, il consenso di quest'ultimo costituisca un elemento essenziale, che rappresenta anzi il fondamento stesso della liceità dell'atto medico in tutti i casi ordinari, in cui il paziente è *capace* di comprendere il significato della proposta terapeutica e di decidere in merito.

In questa sede si è inteso invece esplorare un diverso tipo di problematica correlata alla pratica terapeutica, concernente in particolare quelle situazioni in cui è comunemente riconosciuta liceità all'agire del medico anche *in assenza* di un valido consenso del paziente, o addirittura *contro* l'espressa volontà di quest'ultimo.

Sono diverse le situazioni in cui i trattamenti sanitari vengono, a vario titolo, effettuati in assenza del consenso informato del paziente: si va dai trattamenti effettuati su persone assolutamente *incapaci di esprimere alcun tipo di volontà* – perché in stato di incoscienza: si pensi a chi si trovi in stato di coma, o più semplicemente sotto anestesia totale –, ai trattamenti medici su pazienti più semplicemente *incapaci di esprimere un valido consenso informato* a causa di un'alterazione psichica, di una patologia mentale o altro; si pensi, infine, ai trattamenti psichiatrici imposti a persone ritenute bisognose di riceverli, *indipendentemente* dall'accertamento della loro capacità di autodeterminarsi in merito.

A fronte di questa varietà di situazioni, il presente lavoro

intende studiare con particolare attenzione i casi in cui l'applicazione del trattamento implica una qualche forma di *coazione*. Non ci si vuole interrogare dunque tanto sulla “gestione sanitaria” di chi è totalmente incosciente e non può, pertanto, prestare alcun consenso: l'attenzione è rivolta alle regole ed ai limiti dei trattamenti effettuati *a prescindere* dal consenso di chi abbia una – più o meno grande – capacità *de facto* di esprimere una sua opinione in proposito

La coazione terapeutica può concretizzarsi in diverse forme. Una possibile classificazione, che si è tenuta a mente nello scrivere il presente lavoro, ne lascia individuare almeno tre, spesso interferenti in concreto ma concettualmente ben distinguibili.

In primo luogo, la coazione terapeutica “in senso proprio” consiste nell'effettuazione di un trattamento sanitario (somministrazione di una terapia farmacologica, trattamento chirurgico o altro) *nonostante il dissenso del paziente*.

Con il concetto di coazione terapeutica potrebbe d'altra parte alludersi, più specificamente, alla *contenzione fisica o farmacologica* necessaria per vincere la *resistenza attuale del paziente* all'esecuzione del trattamento: una condotta, dunque, che implica non solo un intervento *sul corpo e nel corpo* del paziente come qualsiasi forma di trattamento medico, ma anche l'uso di vera e propria *forza fisica* per *costringere* il paziente a *tollerare* l'esecuzione del trattamento.

Infine, la coazione terapeutica potrebbe non esaurirsi nella costrizione per così dire puntuale a subire un *singolo* trattamento, ma implicare altresì una più o meno duratura *privazione di libertà personale del paziente*, che venga ricoverato contro la propria volontà in una istituzione chiusa affinché sia possibile sottoporlo a quel singolo trattamento, o a una serie di trattamenti.

Ognuna di queste forme di coazione evoca problemi di *giustificazione* delle condotte del personale sanitario coinvolto:

problemi che si apprezzano, prima ancora che sul piano del diritto penale, su quello del diritto costituzionale e del diritto internazionale dei diritti umani, giacché – come è evidente – le condotte medesime interferiscono, in forma e in grado diverso, con aree di *diritti fondamentali del paziente*, riconosciuti a livello interno e internazionale – il diritto a non subire interventi terapeutici indesiderati; il diritto alla libertà “morale”, o di agire al riparo dalla coazione; il diritto alla libertà “personale”, o di movimento. Il diritto penale può entrare in gioco, per così dire, soltanto in seconda battuta, quale strumento sanzionatorio eventuale di condotte *già qualificate come illecite* perché integranti interferenze non giustificate con i diritti fondamentali in parola.

A fronte di problemi così delicati, sarebbe naturalmente auspicabile che tutte le diverse forme di coazione terapeutica fossero attentamente disciplinate dal legislatore, in modo chiaro, esaustivo, e rispettoso dei diversi diritti ed interessi in gioco. Purtroppo il nostro ordinamento non sembra soddisfare questo auspicio: poche sono le regole in campo, e poco chiare.

Proprio a causa della mancanza di indicazioni legislative, appare allora importante cercare di ricostruire un quadro il più possibile completo della disciplina della coazione terapeutica, per individuarne con la maggior chiarezza possibile criteri, condizioni di legittimità e limiti.

A questo scopo si è agito su più fronti: anzitutto – nel primo capitolo – si è analizzato il quadro normativo che disciplina questi temi nel Regno Unito. La scelta è caduta su questo ordinamento poiché qui, a differenza che nell'ordinamento italiano, le diverse forme di coazione terapeutica – o, almeno, alcune di esse – sono disciplinate dal legislatore con particolare dettaglio. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel Regno Unito, inoltre, è vivo, ed la necessità di un serrato confronto con la giurisprudenza di Strasburgo sembra essere molto avvertita, sia dalle Corti

giudicanti che dal legislatore: e ciò in evidente contrasto rispetto allo scarso interesse manifestato dalla nostra dottrina e giurisprudenza su questi temi, favorito anche dalla scarsità dei riferimenti normativi presenti nell'ordinamento italiano.

In secondo luogo – nel capitolo successivo – si è cercato di fare il punto sui principi che a livello internazionale (soprattutto europeo) regolano il settore della coazione terapeutica: si è dato spazio, in particolare, all'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo alle norme della Cedu, attraverso l'analisi dei principi da questa enunciati in diversi casi. Le norme prese in esame sono l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) ed 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione. Particolare attenzione è stata dedicata al tema del ricovero “di alienati”, disciplinato dall'art. 5 Cedu – e dunque al trattamento dei pazienti psichiatrici. Tema, quest'ultimo, affrontato anche in diverse convenzioni e strumenti di *soft law* adottati in seno al Consiglio d'Europa, nonché da risoluzioni del Parlamento Europeo: anche questi materiali utili per riflettere sull'adeguatezza della normativa italiana in argomento.

Il terzo capitolo affronta, poi, i principi di livello costituzionale che nel nostro Paese regolano la coazione terapeutica – nel settore psichiatrico e non. In particolare si sono analizzati, nelle loro diverse accezioni, i principi in tema di *libertà personale* e di *libertà di salute*. Fare chiarezza su questi principi è di fondamentale importanza per colmare le lacune presenti nel nostro ordinamento attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata alla scarna normativa esistente; solamente avendo una visione chiara dei principi vigenti è possibile, inoltre, valutare la conformità della normativa stessa con la Costituzione.

L'ultimo capitolo, infine, è dedicato specificamente all'analisi della normativa – e della prassi – italiana. In larga misura vi si analizza l'unico testo normativo che, nel nostro

ordinamento, è volto a disciplinare in modo esaustivo una delle forme di coazione terapeutica: la cd. “legge Basaglia”, istitutiva dei trattamenti sanitari obbligatori psichiatrici. L'attenzione è rivolta, tuttavia, anche alle altre forme di coazione terapeutica “non psichiatriche”, attraverso le quali vengono, in Italia, imposti anche coattivamente trattamenti sanitari di vario tipo al di fuori delle procedure di TSO (fondate principalmente sulle norme poste nel codice civile a tutela degli incapaci ed istitutive di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno). Nello studio delle norme, e della prassi, italiane si è cercato di tenere a mente i principi generali sui quali, nei capitoli precedenti, si è riflettuto, e di calarli nella concretezza delle previsioni legislative e della loro pratica applicazione da parte dei giudici e delle autorità italiane.

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO INGLESE

SEZIONE I. CENNI INTRODUTTIVI.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le linee fondamentali dell'attuale disciplina del trattamento dei pazienti psichiatrici e dei pazienti incapaci. Brevi note sulla recente evoluzione normativa. - 2.1. Il *Mental Health Act*: quadro d'insieme. - 2.1.2. Il *Code of Practice*. - 2.2. Il *Mental Capacity Act*. - 2.2.1. Le origini. - 2.2.2. Le norme e gli emendamenti approvati su impulso della giurisprudenza di Strasburgo. - 2.3. Il concetto di incapacità. - 2.3.1 La distinzione tra il concetto di disturbo mentale e quello di incapacità.

1. Introduzione.

Nel presente capitolo si intende esporre ed analizzare il modo in cui il problema della coazione terapeutica è disciplinato in un ordinamento straniero: quello della Gran Bretagna¹. La normativa e l'elaborazione giurisprudenziale in questo Paese, infatti, risulta di notevole interesse per l'attenzione che è stata rivolta – in particolare negli ultimi

1 Più precisamente, bisogna segnalare che uno dei principali testi normativi inglesi di cui ci occuperemo, il *Mental Health Act* (MHA) – e la giurisprudenza ad esso correlata – è vigente solo nelle regioni *England* e *Wales*, dal momento che il parlamento scozzese ha elaborato una propria normativa in argomento.

decenni – alle problematiche concernenti la libertà personale delle persone giudicate “incapaci” e dei pazienti psichiatrici. Alla copiosa giurisprudenza si sono affiancate, nel corso di più di due secoli², diversi testi normativi, via via più elaborati ed evoluti, fino ad arrivare alle recenti riforme legislative approvate nel periodo 2005-2007.

2. Le linee fondamentali dell'attuale disciplina del trattamento coatto dei pazienti psichiatrici e dei pazienti incapaci. Brevi note sulla recente evoluzione normativa.

Nel corso del capitolo l'attenzione sarà rivolta in primo luogo alla legge che disciplina il trattamento ed il ricovero (sia volontari che coatti³) dei soggetti *suffering from mental*

2 Il primo testo normativo inglese che disciplina la detenzione delle persone “*fouriously mad*” può individuarsi nel *Vagrancy act* del 1744, seguito dalla legge per il regolamento dei manicomi (*madhouses*) del 1774; nel 1808 fu emanato un testo di legge “*for the better Care and Manieinance of Lunatics being Paupers or Criminals in England*”, seguito dal *Lunacy Act* del 1890 – che introduceva alcune garanzie contro l'erronea detenzione di soggetti sani di mente nei manicomi – e dal *Mental Deficiency Act* del 1913, per la detenzione di soggetti non “*lunatics*” ma affetti da diverse forme di *handicap* mentale. Nel corso del Novecento, con il *Mental Treatment Act* e, soprattutto, il *Mental Health Act* del 1959, la normativa inizia ad avvicinarsi, per principi e struttura, a quella attuale, rappresentata dal *Mental Health Act* del 1983 (significativamente modificato dal *Mental Health Act* del 2007) e dal *Mental Capacity Act* del 2005. Per maggiori riferimenti sulla storia della *Mental Health Law* inglese, cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide to The Mental Health Act 2007*, Oxford University Press, 2007, pp. 6 ss., nonché Jackson E., *Medical law. Text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2009, pp. 291 ss.

3 Al momento utilizziamo il termine “coatto” in senso generico, riservandoci di distinguere meglio in seguito i casi in cui è autorizzata una vera e propria *coazione* da quelli in cui i trattamenti sono

*disorder*⁴ – il *Mental Health Act* del 1983 – per poi passare all'analisi dell'altrettanto importante *Mental Capacity Act* del 2005. Il *case law* sarà esposto in relazione ai singoli argomenti rilevanti nel corso della trattazione.

Nei paragrafi seguenti si tenterà di fornire un “quadro d'insieme” dei due testi normativi, illustrandone i tratti fondamentali, per passare in seguito all'analisi più approfondita di ciascuna delle due discipline e della relativa giurisprudenza.

2.1. Il *Mental Health Act*: quadro d'insieme.

Il *Mental Health Act*⁵, emanato nel 1983, è il testo fondamentale per la disciplina dei ricoveri e trattamenti coatti di pazienti psichiatrici. Nonostante le recenti modifiche⁶, la struttura portante della normativa è rimasta sostanzialmente invariata.

In estrema sintesi, il MHA prevede la possibilità di ricoverare un soggetto contro la sua volontà al verificarsi di alcune condizioni – che saranno dettagliatamente esposte in seguito – tra cui spicca la presenza di un *mental disorder* di una certa gravità e la necessità di proteggere, attraverso il ricovero, il soggetto stesso o altre persone.

Tre sono le principali modalità di *compulsory detention*⁷⁸:

meramente *obbligatorii*.

4 Il concetto di “*mental disorder*” nell'attuale normativa inglese sarà precisato nel prossimo paragrafo.

5 D'ora innanzi, MHA.

6 Apportate tramite il *Mental Health Act* 2007.

7 Il MHA utilizza il termine “*detention*” per indicare il ricovero coatto psichiatrico. Nel presente lavoro il termine italiano utilizzato per tradurre questo concetto di *detention* è principalmente, appunto, “ricovero coatto”; ove si è ritenuto opportuno utilizzare un termine più conciso, tuttavia, non si è utilizzata la parola “detenzione”, ma “trattenimento”. Il termine “detenzione”, infatti – seppur

vi è un ricovero di “breve durata”⁹ “*for assessment*” – ossia volto a valutare lo stato mentale del soggetto e l'effettiva necessità di un ricovero coatto¹⁰ –; un ricovero “*for treatment*” – che può durare per periodi fino a sei mesi, rinnovabili¹¹ – ed un ricovero di emergenza – che assicura meno garanzie per il soggetto ricoverato ma la cui durata massima è significativamente inferiore rispetto quella degli altri tipi di *detention*¹².

Per disporre e rendere effettivo un ricovero coatto (non emergenziale) è necessaria la richiesta scritta da parte di due medici (di cui almeno uno esperto nella diagnosi e nel trattamento delle patologie mentali¹³), mentre non è previsto alcun controllo “automatico” da parte di una autorità giurisdizionale, quantomeno durante i primi sei mesi di ricovero¹⁴.

lessicalmente più vicino a quello inglese – è, in italiano, strettamente legato all'idea della reclusione in carcere. Il termine “trattenimento”, invece, pur non costituendo una traduzione precisa del concetto, nella sua maggior genericità è sembrato più facilmente utilizzabile per riferirsi ad una forma di “detenzione” quale quella disciplinata dal MHA.

8 Il MHA prevede altri casi di ricovero coatto, ed altre modalità di trattamenti obbligatori, che saranno esposti *infra*.

9 Si tratta di un periodo di ben ventotto giorni: può dunque dirsi “breve” solo per gli standard inglesi. Rispetto alla disciplina italiana si tratta invece di un lasso di tempo piuttosto lungo per un ricovero coatto.

10 MHA, s 2. Cfr. in questo capitolo, sez. II, par. 3.1.

11 MHA, s 3. Cfr. . in questo capitolo, sez. II, par. 3.2.

12 MHA, s 4. Il ricovero coatto “di emergenza” può durare al massimo 72 ore. Per approfondimenti, cfr. in questo capitolo, sez. II, par. 3.3.

13 Cfr. s 12 (2) del MHA.

14 Come esposto in seguito (v. sez. II, par. 9), il paziente (o un suo rappresentante) ha comunque la possibilità, a certe condizioni, di adire il Tribunale per il controllo della legittimità della propria detenzione. In merito, cfr. principalmente la parte 5 del MHA.

Il MHA prevede altre forme di controllo del paziente psichiatrico, diverse dal ricovero: in particolare, a partire dal 2007, sono stati istituiti i *Supervised Community Treatments*. Si tratta di uno strumento volto a facilitare il controllo dei pazienti al termine di una detenzione coatta. Attraverso i *Community Treatment Orders* il medico responsabile ha la possibilità di imporre al paziente di attenersi a certe condizioni (riguardanti soprattutto l'assunzione di determinate terapie farmacologiche); i trattamenti non possono, contrariamente a quanto avviene in regime di *detention*, essere imposti con la forza al paziente¹⁵, ma il medico ha la facoltà di richiamarlo (coattivamente) in ospedale per brevi periodi qualora lo ritenesse necessario¹⁶.

Degna di nota, nella disciplina inglese, è altresì la previsione di regole specifiche circa i trattamenti ai quali i pazienti trattenuti possono essere sottoposti. Nel corso delle detenzioni coatte possono essere somministrate, come vedremo meglio in seguito¹⁷, le terapie che i medici ritengano opportune per la cura dei *mental disorders* (ma anche – e si tratta di una precisazione di grande rilevanza – dei sintomi e manifestazioni di queste¹⁸). Le terapie sono genericamente somministrate ai pazienti coatti anche contro la loro volontà, senza particolari procedure o controlli. Tuttavia, per la somministrazione di alcuni trattamenti evidentemente considerati “a rischio”, il MHA dispone particolari garanzie, per limitare il rischio che i pazienti vengano sottoposti arbitrariamente o abusivamente a pratiche quali l'elettroshock, la neurochirurgia, ed anche la “mera” somministrazione di psicofarmaci per periodi prolungati¹⁹.

Nel 2007 è stata approvata una riforma del MHA, sulla

15 Si vedano però sul punto le riflessioni riportate *infra*, sez. II, par. 3.8.

16 Cfr. MHA, s 17A e ss. ed *infra*, sez. II, par. 3.6.

17 V. *infra*, sez. II, par. 6. Cfr. MHA, s 57 ss.

18 Il tema verrà approfondito *infra*, sez. II, par. 2. Cfr. MHA, s 145(4).

19 Oltre i tre mesi: MHA, s 58.

scia di alcuni episodi di cronaca avvenuti a metà degli anni '90, che avevano visto come protagonisti (nella veste di aggressori o omicidi) soggetti in cura presso i servizi di salute mentale, che si trovavano “in libertà” al momento del fatto. In estrema sintesi²⁰ il Governo intese rendere più facile il ricovero coatto, che in alcuni casi sembrava essere impedito da alcune previsioni del MHA (quale il *treatability test*²¹, l'esclusione della *sexual deviancy* dalla definizione di *mental disorder*²² e le modifiche relative allo *psychopathic disorder*²³). All'inizio del processo di riforma, nel 1998, il Governo affermava che il sistema di assistenza psichiatrica andasse riformato perchè fallimentare a causa dei “troppi [soggetti con disturbi psichiatrici] liberi di camminare per le strade, (...) spesso fonte di rischio per se stessi e di molestia²⁴ per gli altri”²⁵. Negli anni seguenti si sviluppò un vivace dibattito tra le diverse forze politiche, che vide l'intervento di numerose associazioni (tra cui il *Royal College of Psychiatrists*²⁶, la *Law Society* ed associazioni di utenti dei servizi psichiatrici e loro familiari) e del *Joint Committee on Human Rights*²⁷, che sottoposero a forti

20 Per approfondimenti ed analisi del processo che ha portato alle riforme del 2007, cfr. in particolare Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, in *Principles of Medical Law*, a cura di Grubb A., Laing J. e McHale J., Oxford University Press, 2010, par. 11.04 ss., nonché, volendo, Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 6 ss.

21 Cfr. *infra*, sez. II, par. 1.3.

22 Cfr. *infra*, sez. II, par. 1.2.

23 Cfr. *infra*, sez. II, par. 1.2.

24 Il termine inglese è *nuisance*: “molestia”, “fastidio”, ma anche “danno”.

25 *Policy document* pubblicato nel 1998 dal Governo inglese, riportato in Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.04.

26 Cfr. Royal College of Psychiatrists, *Second Reading Briefing on the Mental Health Bill 2006*, del 28 marzo 2007, reperibile in <http://www.mentalhealthalliance.org.uk>.

27 Commissione creata dal Parlamento inglese per esaminare questioni

critiche²⁸ le proposte del Governo, portando all'inserimento di alcune previsioni volte a rafforzare i diritti dei pazienti²⁹. Nel complesso, tuttavia, l'impressione di numerosi commentatori è che molte delle previsioni inserite nel 2007 siano di fatto focalizzate sulla pubblica sicurezza³⁰ e volte ad assicurare la

relative al rispetto dei diritti umani in Gran Bretagna (senza occuparsi, tuttavia, di casi individuali); proporre *remedial orders* (modifiche alla normativa inglese da adottarsi in caso di incompatibilità con la Convenzione EDU dichiarata da un tribunale nazionale o dalla Corte di Strasburgo). La Commissione è formata da dodici membri, nominati dalla *House of Commons* e dalla *House of Lords*. Per maggiori informazioni, cfr. la pagina <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/>.

28 V. ad esempio le preoccupazioni del *Joint Committee on Human Rights* in merito all'ampliamento della definizione di *mental disorder*, che costituirebbe “un passo indietro”, permettendo agli operatori della salute mentale di diventare “guardiani della moralità” (*Joint Committee on Human Rights, XXV report (Draft Mental Health Bill)*, session 2001-02, reperibile in <http://www.publications.parliament.uk>. Su queste osservazioni si tornerà *infra*). V. inoltre quanto affermato dal *Royal College of Psychiatrists* sull'effetto cumulativo delle modifiche proposte dal Governo: “vi è la reale probabilità che le persone possano rimanere bloccate in un sistema di cure obbligatorie a lungo termine” (*Royal College of Psychiatrists, Briefing on the Mental Health Bill 2006*, cit., par. 3.2). Haregreaves R., “*The Mental Health Bill 2006 – A social worker perspective*”, in *Journal of Mental Health Law*, 2007 (Nov), pp. 85-96.

29 Ad esempio le previsioni relative all'*Independent Mental Health Advocate* ed al *Nearest Relative* del paziente (MHA, rispettivamente s 130A e s 26 ss.). Queste e le altre modifiche apportate nel 2007 saranno di volta in volta descritte nei paragrafi di approfondimento dei vari argomenti (*infra*, sez. II).

30 Così, con riferimento alle proposte Governative – non ancora, dunque, alla versione definitivamente approvata, il *Royal College of Psychiatrists*: “[t]he aim of measures to expand the reach of the 1983 Act is, largely, to protect the public” (*Second Reading Briefing on the*

compliance dei pazienti alle terapie³¹.

Complessivamente il MHA prevede una grande quantità di regole (che saranno illustrate in seguito), riguardanti, tra l'altro: le modalità di sottoposizione dei pazienti a ricoveri e trattamenti, i casi e i modi di ricorso all'autorità giudiziaria, la rappresentanza e l'assistenza dei pazienti; si occupa anche di disciplinare il ricovero psichiatrico di soggetti condannati o sotto processo in sede penale³², nonché degli aspetti legati alla privacy dei pazienti; individua inoltre piuttosto chiaramente quali siano i poteri di controllo dei medici sui pazienti; regola le modalità di trasferimento dei pazienti in ospedale e l'intervento della forza pubblica, e delinea le fattispecie incriminatrici relative al settore della salute mentale (dal maltrattamento dei pazienti al favoreggiamento della loro fuga dal luogo di ricovero).

2.1.1. *Il Code of Practice.*

Anche da questa prima, sommaria panoramica, emerge come il MHA fornisca in insieme di regole se non esaustivo, sicuramente molto più ricco di indicazioni per operatori e pazienti rispetto alla scarsa normativa italiana – nonostante, come vedremo, anch'esso presenti margini di ineliminabile ambiguità sotto diversi e significativi aspetti.

Mental Health Bill 2006, cit.).

31 Cfr. Fennell P., “*Protection” Protection” Protection! The Government's response to the Joint Parliamentary Scrutiny Committee on the Mental Health Bill 2004*”, in *Journal of Mental Health Law*, 2005 (Nov), pp. 1-3; Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.07. Con minor enfasi, sembra concordare sul punto anche Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., pp. 16 ss.

32 Questo aspetto, al contrario degli altri, non sarà approfondito nel corso del presente lavoro.

Su questa base si inserisce un altresì *Code of Practice* che va ad arricchire ulteriormente la disciplina³³. Il MHA infatti prevede la redazione e la periodica revisione, da parte del governo, di un *Code*³⁴, una sorta di regolamento volto a fornire chiare linee guida operative agli operatori del settore psichiatrico per la corretta applicazione del MHA. Come si vedrà nell'affrontare i vari argomenti oggetto della disciplina, il *Code* è ricco di chiarimenti e indicazioni pratiche rispetto al testo normativo.

Pur trattandosi di una fonte secondaria, il *Code of Practice* ha comunque un grado di cogenza non trascurabile per i suoi destinatari. Tuttavia la norma del MHA volta a disciplinare questo aspetto³⁵ non risulta di immediata interpretazione: essa infatti dispone semplicemente che gli operatori sanitari³⁶ “shall have regard to the Code”. Sul punto si sono dunque espressi orientamenti diversi³⁷; al momento sembra doversi fare riferimento all'interpretazione autorevolmente fornita dalla *House of Lords* nella sentenza *Munjaz*³⁸: “the guidance should be given great weight. It is not instruction, but it is much more than a mere advice which an addressee is free to follow or not as it chooses. (...) [A]ny hospital (...) should depart only if it has cogent reasons for doing so. (...) In reviewing any challenge to a departure from the Code, the Court should scrutinize the reasons given by the hospital for departure with the intensity which the importance and sensitivity of the subject matter requires”.

33 Anche il *Mental Capacity Act* prevede un analogo *Code of Practice* (sul quale v. *infra*).

34 La versione in vigore al momento in cui scriviamo, ed alla quale si riferiscono le citazioni nel testo, è quella approvata il 7 maggio 2008.

35 MHA, s 118.

36 Le categorie specificamente individuate in s 118 (1)(a) e (b).

37 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's guide*, cit., pp. 58 ss.

38 *R (Munjaz) v Mersey Care NHS Trust* [2006] 2 AC 148, par. 21.

2.2. Il *Mental Capacity Act*.

2.2.1. *Le origini.*

Fino al 2007, anno in cui il *Mental Capacity Act*³⁹ è entrato in vigore, la “gestione” dei soggetti adulti⁴⁰ incapaci era disciplinata in seno al MHA (prima in base al testo del 1959 e successivamente a quello del 1983). La soluzione tradizionalmente elaborata dalla giurisprudenza prevedeva che la *High Court* esercitasse sui soggetti incapaci una “*parens patriae*” analoga a quella prevista per i minorenni, decidendo in luogo di questi su questioni sia patrimoniali che personali⁴¹. Il MHA del 1959 istituì poi una *Court of Protection* per la gestione degli affari patrimoniali degli incapaci, e disciplinò la figura del *guardian* – analoga a quella del nostro tutore – perchè si occupasse delle questioni inerenti il *personal welfare* (tra le quali veniva ricompresa la prestazione di consenso ai trattamenti sanitari) dei soggetti sottoposti a *guardianship*. Nel 1983 l'istituto, criticato per il suo “*paternalistic approach*”⁴², venne modificato. In particolare vennero resi più restrittivi i criteri per individuare le persone assoggettabili a *guardianship* (principalmente, chi fosse affetto da *mental illness*, oppure da *mental impairment* e presentasse una “*abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct*”⁴³) e vennero limitati i poteri

39 D'ora in avanti, MCA.

40 La condizione giuridica e la tutela dei minori sotto i sedici anni continua ad essere disciplinata, nelle sue linee fondamentali, dal *case law*: cfr. Bowen, P., *The Blackstone's guide*, cit., pp. 212 s. Il MCA esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione i minori di sedici anni: MCA, s 2 (5).

41 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's guide*, cit., pp. 144 ss.

42 *Ivi*, p. 145.

43 MHA, s 7 e 1(2), prima degli emendamenti del 2007.

del *guardian*, che aveva la facoltà di “direct the individual to reside at a particular place, to attend at any time for the purposes of medical treatment, occupations, education or training” e di “direct that access be given to the RMO⁴⁴ or a social worker”⁴⁵, ma non più quella di acconsentire ai trattamenti sanitari del paziente. Nemmeno però il soggetto sottoposto a *guardianship*, incapace, aveva la facoltà di prestare il consenso ai trattamenti: il *gap* fu colmato dall'autorità giudiziaria, che risolse il problema emettendo pronunce dichiarative, in cui dichiarava preventivamente, sulla base della *doctrine of necessity*⁴⁶, la legittimità di un trattamento sul soggetto incapace (con l'evolversi di questo filone giurisprudenziale, la dichiarazione poteva avere ad oggetto anche decisioni di altro genere, relative al *welfare* – inteso in senso ampio, come decisioni circa il luogo di residenza ed eventuali limitazioni nei contatti sociali – del soggetto⁴⁷). Attraverso questo meccanismo – che, si noti, non viene applicato solo agli incapaci ma anche ad altre categorie di soggetti “vulnerabili”⁴⁸ – l'autorità giudiziaria sembra aver

44 Il medico responsabile.

45 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's guide*, cit., p. 146.

46 Sulla quale v. *infra*, e Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., pp. 154 ss.

47 Il *leading case* è la sentenza della *House of Lords Re (F) (Mental Patient: sterilisation)* [1990] 2 AC 1, in cui si riconosce legittima la sterilizzazione di una donna di 36 anni con handicap mentale, ritenuta nel suo *best interest*; *ex multis*, si v. anche *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789 – riguardante l'interruzione della nutrizione artificiale di una persona in stato vegetativo permanente – e *Re (F) (Adult Patient)* [2001] Fam 38, in cui la decisione presa dalla Corte riguardava la collocazione – in famiglia o presso una casa di cura – di una ragazza mentalmente handicappata.

48 V. in questo senso *Re PS (Incapacitated or Vulnerable Adult)* [2007] EWHC 3460 (Fam) – in cui il giudice Thorpe J., pur senza soffermarsi sul punto, afferma che la *inherent jurisdiction* può essere

ricreato quella forma di *parens patriae* dalla quale il legislatore aveva preso le distanze negli anni '60⁴⁹.

2.2.2. *Le norme e gli emendamenti approvati su impulso della giurisprudenza di Strasburgo.*

Il contesto normativo emergente dal *case law* risultava tuttavia confuso e frammentato circa portata, presupposti e limiti del potere di terzi di prendere decisioni in luogo di soggetti incapaci. Il *Mental Capacity Act* è stato introdotto, nel 2005⁵⁰, allo scopo di chiarire il quadro normativo. Così il

esercitata su soggetti non solo incapaci ma anche vulnerabili; nel caso di specie, tuttavia, il soggetto da tutelare non era meramente vulnerabile, ma effettivamente incapace – e *Re SA (Vulnerable Adult with Capacity: Marriage)* [2005] EWHC 2942 (Fam), in cui il giudice Munby J. esercita la *inherent jurisdiction* su una ragazza non incapace, ma meramente “vulnerabile”. Si tratta di una ragazza di origine pakistana, sorda, con un lieve ritardo mentale, e in grado di comunicare solamente attraverso il linguaggio dei segni, in inglese, con gravi difficoltà nella comunicazione con i propri familiari, che parlano solo punjabi. L'intervento del giudice è volto a proteggere la ragazza da improprie pressioni da parte dei familiari: il timore delle autorità era che questi avrebbero potuto forzarla ad un matrimonio non voluto, approfittando della sua condizione di fragilità. È importante sottolineare che la decisione del giudice è in questo caso volta a garantire che alla ragazza sia assicurata una effettiva libertà di scelta, eliminando pressioni illegittime da parte dei familiari: il giudice dunque non si sostituisce alla volontà di un soggetto capace, ma ne promuove l'autonomia di scelta. Cfr. anche Munby J., *Consent to treatment: patient lacking capacity and children*, in *Principles of Medical Law*, a cura di Grubb A., Laing J. e McHale J., Oxford University Press, 2010, par. 10.142.

49 In questo senso si v. Munby J., *Consent to treatment: patient lacking capacity and children*, cit., par. 10.123 e ss. (cfr. in particolare i par. 10.141-10.143) e Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 158.

50 Ma l'entrata in vigore delle sue previsioni è avvenuta nel 2007.

relativo *Code of Practice*⁵¹ descrive la “*underlying philosophy*” del MCA: “to ensure that any decision made, or action taken, on behalf of someone who lacks the capacity to make the decision or act for themselves is made in their best interests. The Act is intended to assist and support people who may lack capacity and to discourage anyone who is involved in caring for someone who lacks capacity from being overly restrictive or controlling. But the Act also aims to balance an individual’s right to make decisions for themselves with their right to be protected from harm if they lack capacity to make decisions to protect themselves. The Act sets out a legal framework of how to act and make decisions on behalf of people who lack capacity (...) in relation to personal welfare, healthcare and financial matters”⁵².

Come si vedrà più avanti, il MCA recepisce e consolida i principi elaborati dalla giurisprudenza nel corso degli anni, in relazione, ad esempio, al diritto di autodeterminazione dei soggetti capaci in merito ai trattamenti sanitari; al concetto di “*best interest*” come criterio-guida delle decisioni prese rispetto ad un incapace; alla possibilità di formulare direttive anticipate e di nominare un rappresentante per l'eventualità di perdere in futuro la capacità di prendere decisioni in ambito sanitario; si conferma la possibilità, per l'autorità giudiziaria, di nominare un soggetto⁵³ che rappresenti l'incapace decidendo per lui in merito (anche) ai trattamenti sanitari, e di autorizzare “direttamente” lo svolgimento di specifici interventi medici

51 Regolamento predisposto analogamente a quello relativo al MHA. Sul *Code of Practice* relativo al MCA v. anche Lock D. e Munby J., *The test for capacity*, in *Principles of Medical Law*, a cura di Grubb A., Laing J. e McHale J., Oxford University Press, 2010, par. 9.11 e Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 192.

52 *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice* (nella versione approvata il 23 aprile 2007).

53 Ora chiamato “*deputy*”.

sulla sua persona (o l'esecuzione di altre azioni relative a quest'ultimo).

La disciplina di *common law* precedente il MCA presentava anche alcuni – e significativi – vuoti di tutela per l'incapace. Tali lacune, poco prima dell'adozione del MCA, erano state poste “sotto i riflettori” da una pronuncia della Corte di Strasburgo di condanna della Gran Bretagna per violazione dell'art. 5 Cedu⁵⁴. La violazione era stata riscontrata in relazione alla pratica del ricovero “informale” (ossia senza alcuna particolare procedura né garanzia) di persone incapaci di acconsentire a causa di *mental deficiency*. Questi pazienti venivano trattenuti a prescindere dalla prestazione di alcun valido consenso (ed, anzi, anche *contro* la loro volontà: *nonostante* l'eventuale contrarietà al ricovero), realizzando una vera e propria “privazione di libertà”⁵⁵ ai sensi della Convenzione EDU, non sufficientemente regolata dalla legge⁵⁶. Per colmare questo vuoto di tutela, la bozza preparatoria del MCA (il *Mental Capacity Bill*) fu dunque modificata allo scopo di ridurre i casi in cui un soggetto incapace avrebbe potuto essere ricoverato: solamente la *Court of Protection*⁵⁷ (e non, ad

54 C. eur. dir. uomo, sent. 14 settembre 2004, ric. n. 45508/99, *HL c. Regno Unito*, su cui v. anche *infra*, sez. III, par. 5. Il caso, che era stato giudicato anche dalla *House of Lords* inglese, è conosciuto in Gran Bretagna come “*Bournemouth case*”, dal nome della clinica dove il ricorrente era stato per anni ricoverato. Per una descrizione del caso e della sentenza, cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., par. 8.17 ss. e 11.01 ss., e v. anche *infra*, sez. III, par. 2.

55 A tali pazienti, infatti, veniva *de facto* negata la libertà di allontanarsi dal luogo di ricovero, di decidere autonomamente quali persone frequentare, a quali terapie sottoporsi, ecc.

56 La mera giustificazione di *common law* basata sulla *doctrine of necessity* non è stata dalla Corte europea considerata base legale sufficiente per ritenere la privazione di libertà legittima in quanto “*prescribed by law*”, come richiesto dall'art. 5 Cedu.

57 Conformemente al MCA, s 16.

esempio, un *deputy* nominato dalla stessa Corte per la tutela del soggetto), poteva autorizzare la privazione di libertà di un incapace.

Nel 2007, dopo un “periodo di riflessione”⁵⁸, fu approvato un insieme di norme, inserite nel MCA⁵⁹, volte ad ampliare i casi e i modi in cui i soggetti incapaci potevano essere privati della propria libertà, a determinate condizioni: è su queste norme che si concentrerà *infra* l'analisi del MCA⁶⁰.

2.3. Il concetto di incapacità.

Prima di procedere all'analisi degli aspetti più significativi dei due testi normativi, è opportuno chiarire sin d'ora un concetto fondamentale posto alla base della disciplina qui trattata. Si tratta del concetto di *incapacità* (e della sua distinzione logica da quello di *disturbo mentale*).

Il MCA, nella sua parte iniziale, definisce cosa debba intendersi per incapacità: “[f]or the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the

58 Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 208.

59 MCA, *schedule A1* ed altre norme integrate nell'articolato originale.

60 Tali norme saranno analizzate *infra*, sez. III, par. 5. Diversi autori mettono in dubbio che le modifiche apportate nel 2007 siano davvero efficaci nel risolvere i problemi emersi nel “caso Bournemouth”: cfr. ad es. Cairns R., Richardson G. e Hotopf M., *Deprivation of liberty: Mental Capacity Act safeguards versus the Mental Health Act*, in *The Psychiatrist*, 2010, 34, pp. 246 s., nonché Neil Allen, *The Bournemouth Gap (As Amended?)*, in *Medical Law Review*, 2010, 18, pp. 78 ss.: “(Un)fortunately, the complex amendments do not plug the paradigmatic case: Mr L would have been ineligible”. Sul tema si tornerà più avanti.

functioning of, the mind or brain”⁶¹.

Va in primo luogo sottolineato come, perchè possa parlarsi di incapacità, deve essere accertato un effettivo “danneggiamento o disturbo al funzionamento di mente o cervello”: lungi dal costituire un'ovvietà, ciò significa che ove una persona fosse ritenuta di fatto incapace di decidere una particolare questione, non potrebbe comunque essere dichiarata incapace ai sensi del MCA se tale incapacità non fosse causata da una vera e propria patologia (*impairment* o *disturbance*) di mente o cervello⁶². Può facilmente dedursi quali possano essere le applicazioni pratiche di questa previsione pensando ai casi in cui il rifiuto di terapie è basato su convinzioni religiose⁶³ (si pensi al rifiuto di trasfusioni di sangue opposto dai Testimoni di

61 MCA, s 2(1).

62 Anche il *Code of Practice* ricorda che tale accertamento rappresenta il primo, imprescindibile passaggio nel processo di “assessment” della capacità, e fornisce alcuni esempi (in un elenco non esaustivo) di “impairment or disturbance in the functioning of the mind or brain” (par. 4.11-4.12).

63 Che, per essere considerate tali (al fine anche di “attivare” la tutela garantita dall'art. 9 Cedu), devono, per la giurisprudenza inglese, soddisfare alcuni parametri di “seriousness, coherence and conformity with accepted standards of human dignity and integrity” (così Lock D. e Munby J., *The test for capacity*, cit., par. 9.33). Si è occupata in questi termini del concetto di religione, anche se in un settore differente rispetto a quello del rifiuto di trattamenti salvavita ad es. la sentenza *R (Williamson) v Secretary of State for Employment and Education* [2005] UKHL 15: “not every act which is in some way motivated or inspired by religious belief is to be regarded as the manifestation of religious belief”, ma solo “[the] acts which are intimately linked to [personal convictions and religious beliefs], such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form”. The Court “must have regard to the implicit (and not over-demanding) threshold requirements of seriousness, coherence and consistency with human dignity” (così lord Walker of Gestingthorpe, par. 63 s.).

Geova⁶⁴), o su particolari convinzioni non patologiche. Come alcuni autori sottolineano, “[m]erely to take a different view of the world from a doctor (...) does not render the patient incompetent and thus unable to decide, as a matter of law, for themselves. Even a skewed, and indefensible view of the world, does not have this effect unless it has its genesis in (...) mental malfunctioning”⁶⁵.

Anche la giurisprudenza si è espressa sul punto⁶⁶, asserendo che solo quando si è di fronte ad un vero e proprio “divorzio dalla realtà”⁶⁷, ad una “paralisi della volontà che distrugge la capacità di prendere una decisione”⁶⁸ si può parlare, giuridicamente, di incapacità. Difficile sembra però dare concretezza a queste affermazioni, applicandole nei difficili casi che vengono posti all'attenzione delle Corti: come individuare il confine tra una visione della realtà che, pur distorta e “strana”, non può considerarsi patologica, ed un effettivo “*mental malfunctioning*”? La risposta sembra dover essere affidata alla scienza psichiatrica, la quale è strutturalmente predisposta al giudizio circa la presenza, o meno, di un vero e proprio disturbo mentale di tipo patologico. Il dubbio, però, è che il confine che si cerca sia estremamente labile e sfuggente, se non addirittura inesistente, e che la fiducia riposta nella capacità della psichiatria di dare risposte oggettive

64 Per approfondimenti sulla “soluzione inglese” a questo genere di casi, si v. *infra*, sez. IV, par. 2.

65 Lock D. e Munby J., *The test for capacity*, cit., par. 9.38.

66 Pur se precedenti all'adozione del MCA, queste sentenze possono comunque fornire indicazioni rilevanti, poichè i principi di *common law* all'epoca vigenti sull'argomento sono stati in seguito recepiti dal legislatore.

67 Giudice Thorpe, J. in *B v Croydon HA* [1995] 1 FCR 332. Il testo completo della sentenza è di difficile reperibilità; l'espressione qui riportata è tratta da Lock D. e Munby J., *The test for capacity*, cit., par. 9.38.

68 *Grace R. Lane vs. Rosaria Candura* [1978], 6 Mass. App. Ct. 377, cit.

ed affidabili sia spesso eccessiva⁶⁹. Vi sarà modo di tornare sull'argomento, rilevante sotto molti aspetti del presente lavoro.

Data l'importanza del concetto di incapacità per l'applicazione delle successive norme, il MCA cerca di precisare ulteriormente il significato della definizione, in tre *sections*⁷⁰. In primo luogo (*s* 1), è posta una *presunzione di capacità* (finché non venga provata l'incapacità di una persona, deve ritenersi che questa sia capace), ed è affermato altro un principio di grande rilevanza (ma, come si vedrà, di non semplice applicazione): nessuno deve essere trattato come un incapace “merely because he makes an unwise decision”⁷¹.

La *section* 2, nei paragrafi che seguono la definizione sopra riportata, chiarisce che ai fini del giudizio sulla capacità non assume rilevanza il fatto che *disturbance* o *impairment* siano solo temporanei. Del resto, la definizione in *s* 2(1) è chiara: la valutazione in merito alla capacità viene effettuata in relazione ad una specifica questione – “*in relation to the matter*”, e non ha valenza generale⁷². L'esito del giudizio può dunque essere differente a seconda del tipo di decisione che il soggetto deve prendere: una persona potrebbe ad esempio essere in grado di decidere circa il luogo dove intende vivere, ma non comprendere le informazioni relative ad un complesso trattamento sanitario ed alle sue conseguenze⁷³, e potrebbe

69 Per alcune interessanti riflessioni sul punto, si v. Bartlett P., *A matter of necessity? Enforced Treatment under the Mental Health Act*, in *Medical Law Review*, 2007, pp. 86 ss.

70 Il termine *section* indica una parte dell'articolato analoga a quella di un articolo nei testi normativi italiani.

71 Ossia solamente perchè prende una decisione “insensata”, “imprudente”.

72 Il *Code of Practice*, con ancor maggiore chiarezza, dispone che “[a]n assessment of a person’s capacity must be based on their ability to make a specific decision at the time it needs to be made, and not their ability to make decisions in general” (par. 4.4).

73 Cfr. anche Lock D. e Munby J., *The test for capacity*, cit., par. 9.13.

modificarsi con il passare del tempo.

La s 2 prosegue, al par. 3, ponendo alcuni limiti circa gli elementi che possono legittimamente essere posti a unico fondamento di un giudizio di incapacità. Di facile interpretazione la disposizione secondo cui l'incapacità non può essere stabilita solamente (“merely”) con riferimento a età o apparenza di una persona; meno immediato comprendere e dare attuazione pratica all'analogia indicazione relativa ad “una condizione o un aspetto del comportamento [di una persona] che potrebbero condurre ad assumere ingiustificate presunzioni circa la sua capacità”⁷⁴. Poco chiaro è sia cosa debba intendersi con “condizione” e “aspetto del comportamento”, sia il riferimento alle “ingiustificate presunzioni circa la sua capacità”. Come nota l'autrice di alcuni interessanti brani dedicati alla normativa britannica su capacità e salute mentale, l'intenzione di fondo di queste previsioni sembra essere quella di ricordare agli operatori di salute mentale il dovere di non fare affidamento su stereotipi. Tuttavia, l'uso dell'avverbio *merely* “appare alquanto bizzarro”: ne consegue infatti che l'incapacità *potrebbe* essere stabilita anche sulla base dell'età o dell'apparenza. Ma, nota l'A., se le presunzioni sulle condizioni vengono espressamente definite dalla norma come “ingiustificate”, queste non dovrebbero avere rilevanza “at all”: la norma invece permette che siano tenute in considerazione, seppur solo ove vi siano altri fattori che concorrono a giustificare questa valutazione⁷⁵.

La s 2(4) chiarisce invece un altro aspetto del giudizio di incapacità, ossia il grado di certezza da raggiungersi nel giudizio, richiedendo che questo si effettui “on the balance of probabilities”.

Importante è la precisazione contenuta in s 3 che indica

⁷⁴ S 2 (3)(b).

⁷⁵ Jackson E., *Medical law*, cit., p. 233.

cosa deve intendersi per “incapacità di prendere una decisione” (una delle condizioni richieste, come visto, in *s* 2(1) per l'accertamento dell'incapacità: la persona deve essere “unable to make a decision for himself in relation to the matter”).

Vi è incapacità di decidere se il soggetto non è in grado di:

- comprendere⁷⁶ e ricordare⁷⁷ le informazioni rilevanti ai fini della decisione⁷⁸;
- ponderare tali informazioni ed utilizzarle in un processo decisionale⁷⁹;

76 *S* 3(2) specifica che il soggetto non deve essere ritenuto “incapace di comprendere le informazioni rilevanti” se è in grado di comprendere una spiegazione di esse datagli utilizzando una modalità adatta alle circostanze (utilizzando un linguaggio semplice, supporti visivi o qualunque altro mezzo).

77 Temperando la rigidità della previsione in *s* 3(1)(a), *s* 3(3) dispone che “il solo fatto che una persona possa ricordare le informazioni ricevute solo per un breve periodo di tempo non impedisce che questi venga ritenuto in grado di prendere una decisione”. Cfr. le indicazioni “operative” date dal *Code of Practice* per i casi di persone la cui capacità sia “fluttuante” o temporanea (par. 4.26-4.27).

78 Il *Code of Practice* specifica quali siano tali “informazioni rilevanti”: la natura della decisione; la ragione per la quale è necessaria una decisione; le verosimili conseguenze del decidere in un senso o in un altro, o del non decidere (*Code of Practice*, par. 4.16; v. anche MCA, *s* 3(4)).

79 Come si vedrà più avanti, questo requisito assume grande rilevanza nel *case law*, in particolare in relazione a “casi limite”: è su questa previsione che fanno leva le sentenze che dichiarano un soggetto incapace nonostante sia provato che questi ben comprende le informazioni ricevute circa le conseguenze (magari drammatiche) della sua scelta (si vedano ad es. le decisioni relative alla nutrizione forzata di persone anoressiche, su cui *infra*, sez. IV, par. 2.2). Per maggior precisione, si riporta anche il testo originale inglese di questa previsione (*s* 3(1)(c)): una persona deve ritenersi incapace di prendere “a decision for himself” se non è in grado di “use or weigh [the

- comunicare la propria decisione (utilizzando la voce, il linguaggio dei segni o qualunque altro mezzo).

Ciascuno di questi parametri è significativo. Richiede tuttavia qualche approfondimento particolare, a mio parere, il secondo: la “capacità di ponderare ed utilizzare le informazioni rilevanti”.

Come nota JACKSON, risulta spesso difficile tracciare una linea di confine tra una volontà “strana ed irrazionale”, che deve nondimeno essere rispettata, e l'incapacità di ponderare ed utilizzare le informazioni al fine di prendere una decisione, come richiesto da s 3 (1)(c)⁸⁰.

Anche la *High Court* ha ammesso questa difficoltà: “[i]f there are difficulties in deciding whether the patient has sufficient mental capacity, particularly if the refusal may have grave consequences for the patient, it is most important that those considering the issue should not confuse the question of mental capacity with the nature of the decision made by the patient, however grave the consequences. *The view of the patient may reflect a difference in values rather than an absence of competence* and the assessment of capacity should be approached with this firmly in mind”⁸¹.

Nella difficoltà di operare tale distinzione, JACKSON nota la tendenza, in medici e giudici, a raggiungere conclusioni differenti a seconda che al paziente sia stata diagnosticata (anche) una patologia psichiatrica o meno. Di per sé tale

relevant information] as part of the process of making the decision”.

80 Jackson E., *Medical law*, cit., p. 230.

81 *X NHS Trust v T (Adult Patient: Refusal of Medical Treatment)* [2004] EWHC 1279 (Fam), giudice Charles, J. (corsivo aggiunto). Nel caso di specie, comunque, è stata riconosciuta l'*incapacità* del soggetto (si trattava di una donna che rifiutava di ricevere le trasfusioni di sangue necessarie per mantenerla in vita in seguito ad episodi di autolesionismo, sostenendo tra l'altro di ritenere che il suo sangue fosse “malvagio”).

tendenza potrebbe avere ragion d'essere, ove non si cada nell'automatismo dell'equiparazione malattia mentale - incapacità; tuttavia il giudizio pare spesso prescindere dalla prova di una effettiva correlazione tra l'eventuale disturbo psichico e la scelta oggetto di giudizio⁸².

2.3.1. *La distinzione tra il concetto di disturbo mentale e quello di incapacità.*

Frequentemente viene, quantomeno inconsciamente, operata una sorta di automatico collegamento tra l'accertamento della salute mentale di un soggetto e la sua capacità.

In realtà si tratta di due concetti da tenere distinti: né la sussistenza di una patologia psichiatrica comporta automaticamente incapacità mentale, né, viceversa, chi è riconosciuto incapace necessariamente soffre di una patologia psichiatrica.

Quanto al primo “versante” della distinzione, la normativa inglese ne è ben consapevole, come emerge da diverse previsioni del MHA. In primo luogo, la s 131 prevede la possibilità per i pazienti psichiatrici di essere ricoverati e trattati “*informally*”, ossia volontariamente. Come chiarisce il *Code of Practice*, ciò può avvenire solamente quando il paziente ha la *capacità* di decidere in merito al ricovero stesso⁸³. E' stato anche affermato chiaramente in giurisprudenza che “in linea di principio un paziente può rimanere capace nonostante sia trattenuto nel quadro del Mental Health Act 1983”⁸⁴. La detenzione nel quadro del MHA “non indebolisce o limita il diritto all'autodeterminazione, a meno che [il paziente] venga

82 Jackson E., *Medical law*, cit., p. 231.

83 MHA *Code of Practice*, par. 4.9.

84 *St. George's Healthcare NHS Trust v S* [1998] 3 WLR 936.

privato della capacità (...) di decidere per sè”⁸⁵.

Ma riferimenti alla capacità del paziente psichiatrico possono essere colti in numerosi altri punti del MHA: si pensi alla disciplina relativa alla sottoposizione del paziente psichiatrico a pratiche terapeutiche “speciali”, per le quali è specificamente richiesto un accertamento della capacità del soggetto. Il tema sarà approfondito *infra*⁸⁶; basti qui accennare al fatto che, ad esempio, le operazioni di neurochirurgia⁸⁷ non possono essere *in nessun caso* effettuate su pazienti incapaci, anche qualora più medici le ritengano opportune o necessarie per la condizione clinica del soggetto⁸⁸. Ciò significa che, secondo la legge inglese, persone affette da un *mental disorder* tanto grave da richiedere, a parere dei medici, addirittura un intervento chirurgico al cervello, possono comunque essere in grado di acconsentirvi consapevolmente. Il MHA richiede la certezza, infatti, che il paziente sia “capace di comprendere la natura, lo scopo e le probabili conseguenze del trattamento” (e vi acconsenta)⁸⁹.

Per quanto riguarda i trattamenti psichiatrici non compresi tra quelli per i quali sono necessarie alcune particolari garanzie a tutela del paziente⁹⁰, questi possono essere invece somministrati contro la volontà dei pazienti, *anche se capaci*, se trattenuti conformemente ad una delle procedure previste per il ricovero coatto. Si tratta di una netta eccezione alla regola, già evidenziata, secondo la quale ciascuna persona, se capace ed

85 Ibidem.

86 Sez. II, par. 6.1. ss.

87 Più precisamente “any surgical operation for destroying brain tissue or for destroying the functioning of brain tissue” (MHA, s 57 (1)).

88 Al consenso eventualmente prestato a tal fine da un *deputy* o dalla stessa autorità giudiziaria non è attribuita, in questo settore, alcuna rilevanza.

89 MHA, s 57 (2)(a).

90 Di cui al MHA, s 57-58A.

informata, ha assoluto diritto di autodeterminarsi, scegliendo a quali trattamenti medici sottoporsi. Tale scelta deve essere rispettata sempre, anche nel caso in cui sua conseguenza sia la morte della persona. Unica eccezione: i trattamenti psichiatrici⁹¹ per i pazienti ricoverati contro la loro volontà sotto il MHA.

Quanto all'altro versante della distinzione tra incapacità e patologia psichiatrica, ricordiamo che – per rientrare nel campo di applicazione del MCA – l'incapacità deve derivare da “an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”⁹². Una valutazione di incapacità può dunque effettivamente derivare dal riconoscimento di una seria patologia psichiatrica, ma può fondarsi anche su altre condizioni, anche molto diverse tra loro. Si pensi ad esempio all'incapacità derivante da uno stato di coma, da abuso di alcool o sostanze stupefacenti, o da un ritardo mentale (che deve essere tenuto distinto, in linea di principio, dalle vere e proprie patologie psichiatriche)⁹³.

91 Come vedremo, in realtà, non solo questi: cfr. *infra*, par. 3.1.2.

92 MCA, s 2.

93 Il tema del ritardo mentale deve, tuttavia, essere approfondito. Come vedremo, infatti, (par. 3.1.2) a norma del MHA chi presenti una *learning disability* (ossia uno sviluppo mentale “*arrested*” o comunque “*incomplete*”, che comporti una significativa diminuzione dell'intelligenza e del “social functioning”) non è di norma considerato “suffering from mental disorder” (MHA, s 1). Può tuttavia esserlo se tale disabilità si associa a comportamenti “eccezionalmente aggressivi o gravemente irresponsabili”: MHA, s 1 (2A). Sul punto v. anche *infra*, sez. II, par. 1.2.

SEZIONE II. IL *MENTAL HEALTH ACT*.

1. Definizioni e concetti fondamentali. - 1.1. I principi codificati. - 1.2. Il concetto di “*mental disorder*”. - 1.3. Il *treatability test*. - 1.3.1 Il testo originario. - 1.3.4. Il nuovo *treatability test*. - 2. I tipi di patologie “trattabili” contro la volontà del paziente nel MHA. - 2.1. Alcuni esempi. Rinvio. - 3. Le principali modalità di intervento sulle patologie psichiatriche contro la volontà del paziente. - 3.1. Coazione detentiva: *admission for assessment* - 3.2. (segue) *admission for treatment* - 3.3. (segue) e *admission for assessment in cases of emergency*. - 3.4. Altre forme di interventi coattivi: *holding powers* - 3.5. (segue) poteri delle forze dell'ordine, “*warrants to search for and remove*”, e “*retaking of patients*”. - 3.6. Coazione non detentiva nel MHA: il “*leave of absence*” - 3.7. (segue) ...e la “*guardianship*”. - 3.8. Obbligatorietà, ma non coazione diretta: i *supervised community treatment*. - 3.9. Le misure disposte nell'ambito di un procedimento penale. - 4. Le figure di supporto e rappresentanza del paziente. - 4.1. Il ruolo del *nearest relative*. - 4.2. Informare il paziente dei suoi diritti: l'*Independent Mental Health Advocate*. - 5. I pazienti psichiatrici volontari. - 5.1. Il “ricovero volontario” dei pazienti incapaci. - 5.2. La percezione soggettiva e la reale obbligatorietà del ricovero: le osservazioni della *Care Quality Commission*. - 6. Le regole che governano la sottoposizione dei pazienti ai trattamenti psichiatrici. - 6.1. Le tutele “speciali” per particolari tipi di trattamenti. La *neurosurgery*. - 6.2. (segue) La somministrazione di psicofarmaci per periodi superiori a tre mesi. - 6.3. (segue) L'elettroshock. - 6.4. Le eccezioni per i casi di emergenza. - 6.5. I trattamenti per i pazienti in *Supervised Community Treatment*. - 6.6. I trattamenti esclusi dalle tutele speciali. - 7. L'uso della forza: la contenzione (fisica, meccanica, farmacologica) e l'isolamento dei pazienti psichiatrici. - 7.1. Le norme e la prassi. - 7.2. L'analisi e le osservazioni della *Care Quality Commission*. - 8. I poteri/doveri di controllo del personale sanitario sul paziente. - 9. Il controllo giurisdizionale sui ricoveri psichiatrici: *First-tier Tribunal*, *habeas corpus* e *judicial review*. - 9.1. La funzione di controllo del *First-tier Tribunal* sui ricoveri “civili”. - 9.2. Il controllo giurisdizionale sui

ricoveri disposti nell'ambito dei procedimenti penali.

1. Definizioni e concetti fondamentali.

Prima di descrivere le procedure di applicazione delle *compulsory detention* e gli altri meccanismi previsti dal MHA, è necessario esporre i principi codificati e analizzare le definizioni dei concetti posti alla base della normativa.

1.1. I principi codificati.

I principi che “devono informare le decisioni prese” conformemente al MHA⁹⁴ sono, curiosamente, contenuti non nel testo di legge stesso ma nel *Code of Practice*.

La scelta di non inserirli nel corpo del MHA è stata molto criticata: in questo modo, i principi hanno un valore sicuramente inferiore rispetto a quello che avrebbero potuto avere se situati all'interno del testo di legge.

Nel 2007 è stata, quantomeno, inserita nel corpo del MHA una sorta di “delega” al Governo circa il contenuto del *Code of Practice*, nella quale sono indicati, tra l'altro, i criteri cui devono essere informati i principi del *Code*. Tali criteri sono: “(a) respect for patients' past and present wishes and feelings; (b) respect for diversity generally including, in particular, diversity of religion, culture and sexual orientation (...); (c) minimising restrictions on liberty; (d) involvement of patients in planning, developing and delivering care and treatment appropriate to them; (e) avoidance of unlawful discrimination; (f) effectiveness of treatment; (g) views of carers and other interested parties; (h) patient wellbeing and

94 MHA, s 118 (2A).

safety; (i) public safety”⁹⁵.

I principi effettivamente stabiliti dal *Code*⁹⁶, invece, sono:

- purpose principle: le decisioni “*under the Act*” devono essere prese cercando di minimizzare gli effetti negativi del disturbo mentale, massimizzare la sicurezza ed il benessere (fisico e mentale) dei pazienti, promuovere il loro recupero e proteggere le altre persone “*from harm*”;

- last restriction principle: chi agisce senza il consenso di un paziente deve cercare di ridurre al minimo le limitazioni poste alla libertà di quest'ultimo;

- respect principle: nel prendere una decisione “*under the act*” devono essere riconosciuti e rispettati i diversi bisogni e valori e condizioni di ciascun paziente, tra cui razza, religione, cultura, genere, età, orientamento sessuale e disabilità. Devono essere tenuti in considerazione desideri e opinioni (presenti o espresse in passato), fin dove siano ragionevolmente conoscibili, e seguire tali volontà ove possibile, ed ove compatibili con le finalità della decisione presa.

- participation principle: ai pazienti deve essere data l'opportunità di essere coinvolti, per quanto possibile, nel pianificare e revisionare i piani trattamentali e di assistenza. Il coinvolgimento di familiari o altre persone interessate dev'essere incoraggiato (salvo che non vi siano specifiche ragioni che suggeriscano il contrario), e le loro opinioni devono essere prese seriamente in considerazione.

- efficacia, efficienza ed equità: le risorse disponibili devono essere utilizzate nel modo più efficace, efficiente ed equo, per rispondere ai bisogni dei pazienti e raggiungere lo scopo prefissato.

Il *Code*, quanto al ruolo di queste previsioni, chiarisce che i principi enunciati devono “permeare” (“*to inform*”) le

95 MHA, s 118.

96 MHA *Code of Practice*, cap. 1.

decisioni, ma non le devono *determinare*; nel prendere una decisione, deve essere effettuato un bilanciamento tra i vari principi, ed il peso attribuito a ciascuno di essi dipenderà dal contesto in cui la decisione deve essere presa.

Da ultimo, il *Code* precisa che le decisioni prese dovranno seguire, oltre che i principi enunciati, anche (ovviamente) il “diritto”, e dovranno essere conformi alle buone pratiche professionali. In proposito, il *Code* sottolinea che “lawfulness necessarily includes compliance with the Human Rights Act⁹⁷”.

I principi emergenti dalle “direttive” del MHA e dal *Code* sembrano, ad un primo sguardo, volti in larga misura ad incentivare aspetti quali la partecipazione del paziente alle scelte terapeutiche, il rispetto della sua autonomia, la ricerca del suo benessere psicofisico. Tuttavia alcuni commentatori hanno fatto notare come, a ben vedere, tra i criteri “direttivi” posti nel corpo del MHA vi sia quello dell'efficacia del trattamento e della sicurezza pubblica: criteri che potrebbero porre l'accento sulla *compliance* dei pazienti con il trattamento impostogli e sul “*risk management*”, Ossia sullo spostamento del baricentro verso il controllo dei pazienti per finalità di sicurezza pubblica, più che per effettiva attenzione al benessere degli stessi. Il *Code of Practice*, sulla stessa linea d'onda, pone tra gli scopi delle decisioni prese *under the Act* quello di “proteggere le altre persone” dal paziente. Secondo questi A., dunque, l'impegno del *Code* verso i diritti e l'autonomia dei pazienti “non è così forte come potrebbe apparire”⁹⁸.

97 Lo *Human Rights Act*, adottato nel 1998, è lo strumento che dà attuazione in Gran Bretagna alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Cedu). Dalla data della sua entrata in vigore, ogni “*public authority*” (figura analoga al “pubblico ufficiale” italiano) ha l'obbligo legale di agire in conformità con la Cedu.

98 Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.16.

1.2. Il concetto di “mental disorder”.

Il testo originario del MHA, prima degli emendamenti del 2007, conteneva una definizione di *mental disorder* piuttosto dettagliata, nella quale erano individuati i diversi tipi di disturbi che potevano costituire *disorder*. Si parlava di “mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder and any other disorder or disability of mind”. Inoltre, i concetti di *arrested or incomplete development of mind* (ora chiamata “learning disability”⁹⁹) e di *psychopathic disorder* (corrispondente alla categoria dei disturbi della personalità¹⁰⁰) venivano precisati in autonomi paragrafi¹⁰¹, e ad essi venivano ricollegate peculiari regole per quanto riguarda il ricovero coatto *for treatment*.

Con la riforma del 2007 è stata invece eliminata questa suddivisione in categorie; ora con *mental disorder* il MHA indica doversi intendere semplicemente “any disorder of the mind”.

La riforma ha reso la definizione attuale estremamente

99 MHA, s 2 (4).

100 Cfr. Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.40.

101 MHA, s 1 (2): “Severe mental impairment' means a state of arrested or incomplete of mind which includes severe impairment of intelligence and social functioning and is associated with abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned”; “mental impairment' means a state of arrested or incomplete development of mind (not amounting to severe mental impairment) which includes significant impairment of intelligence and social functioning and is associated with abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned”; “psychopathic disorder' means a persistent disorder or disability of mind (whether or not including significant impairment of intelligence) which results in abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned”.

ampia, suggerendo la possibilità di un incremento dei ricoveri coatti. Il *Code of Practice*, al par. 3.6, propone un elenco di disturbi che possono costituire *mental disorder*, ma si tratta di un elenco non esaustivo.

Quanto alla diagnosi di *disorder*, il *Code* raccomanda agli operatori di evitare di effettuare diagnosi influenzate da pregiudizi, e legate a differenze culturali o sociali. “Le differenze non devono essere confuse con la patologia. Nessuno dev'essere considerato *mentally disordered* solamente per il suo credo politico, religioso o culturale, per i suoi valori o le sue opinioni, salvo che vi siano motivi clinici idonei per credere che costituiscano sintomi o manifestazioni di disabilità o *disorder*”; lo stesso vale quanto al coinvolgimento di un soggetto in comportamenti antisociali, immorali o illegali¹⁰².

Un ulteriore effetto delle modifiche apportate nel 2007 è legato all'eliminazione delle precisazioni relative ai disturbi della personalità: è infatti ora possibile la *compulsory detention* di persone affette da questo genere di disturbi anche in assenza di una loro “abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct”, come era richiesto in precedenza¹⁰³.

Per i disturbi dell'apprendimento (“learning disability”), invece, rimane la possibilità di effettuare un ricovero coatto *for treatment* (nonché l'applicazione di una *guardianship* o di un

102 *Code of Practice*, 3.3. e 3.6.

103 Per l'interpretazione di questi parametri in giurisprudenza, cfr. *Lewis v Gibson* [2005] EWCA Civ 587 e *Re F (Mental Health Act: Guardianship)* [2000] 1 FLR 192 (CA). Il *Code of Practice* ammette che questi concetti non sono definiti dalla legge, e dunque “non è possibile affermare con precisione quale tipo di condotta esattamente” potrebbe essere considerata gravemente aggressiva o irresponsabile, concludendo che il giudizio dipenderà, tra l'altro, dal fatto che il comportamento esponga a serio rischio la salute o la sicurezza del paziente e/o di altre persone (par. 34.7).

Community Treatment Order e di altre previsioni analoghe¹⁰⁴), solo se in presenza di un comportamento aggressivo o condotta gravemente irresponsabile¹⁰⁵.

Infine, vi è il divieto di considerare “sofferenti di un *mental disorder*” – e di sottoporre alle relative previsioni del MHA – coloro i quali soffrano di dipendenza da alcool o droga¹⁰⁶. Prima della recente riforma, questa norma disponeva lo stesso per “promiscuità o altre condotte immorali” e “devianza sessuale”: tali comportamenti non potevano essere motivo di ricovero. Ora invece questa esclusione è stata eliminata. Si tratta, sembra, di una modifica significativa, in linea con le motivazioni politiche che hanno spinto il Governo inglese a procedere alle riforme del 2007¹⁰⁷: sono stati tra l'altro rimossi gli ostacoli al ricovero coatto di soggetti quali pedofili e altri *sex offenders*¹⁰⁸.

Le *Explanatory notes* predisposte dal Governo inglese minimizzano la portata di questa modifica: “cl clinicamente, né la promiscuità, né 'altre condotte immorali' sono in sé considerate

104 V. MHA, s 1 (2A) e (2B).

105 MHA, s 1 (2A).

106 MHA, s 2 (3). V. le precisazioni date dal *Code of Practice* al cap. 3 (in particolare, v. par. 3.10 e 11: “Alcohol or drug dependence may be accompanied by, or associated with, a mental disorder which does fall within the Act’s definition. If the relevant criteria are met, it is therefore possible (for example) to detain people who are suffering from mental disorder, even though they are also dependent on alcohol or drugs. This is true even if the mental disorder in question results from the person’s alcohol or drug dependence. The Act does not exclude other disorders or disabilities of the mind related to the use of alcohol or drugs. These disorders – for example, withdrawal state with delirium or associated psychotic disorder, acute intoxication and organic mental disorders associated with prolonged abuse of drugs or alcohol – remain mental disorders for the purposes of the Act”).

107 Cfr. *supra*, sez. I, par. 2.1.

108 Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.42.

mental disorder”. Dunque, l'eliminazione della loro esclusione non farebbe “alcuna differenza pratica”. Analogo argomento vale per l'orientamento sessuale, che – sempre “in sé” – non è clinicamente considerato un disturbo mentale. Ciò che il Governo ammette di aver voluto far rientrare nel quadro del MHA sono solamente i disordini della sessualità riconosciuti come disturbo mentale, tra i quali le devianze sessuali che un tempo erano escluse: ad esempio, “parafilie come feticismo o pedofilia”¹⁰⁹.

Sul punto, è interessante riportare quanto osservato con fortissima preoccupazione – tanto da evocare un parallelo con l'uso repressivo della psichiatria nella Germania nazista e in URSS – dal *Joint Committee on Human Rights*¹¹⁰ in merito alla proposta governativa di rendere sia “promiscuità, condotte immorali e devianza sessuale” che dipendenze da alcool e droga motivi validi di ricovero e trattamento coatto nel quadro del MHA¹¹¹. Così il *Committee*: “[w]e are also concerned that a provision of the 1983 Act expressly preventing detention 'by reason only of promiscuity or other immoral conduct, sexual deviancy or dependence on alcohol or drugs' is omitted from the draft Bill. The history of the twentieth century demonstrated that psychiatry is capable of being abused: Nazi Germany and the USSR were probably not the only countries in which socially or politically unacceptable behaviour was regarded as a manifestation of a 'disorder of mind (...)' and treated accordingly. While ECHR Article 5.1(e) would permit depriving people of their liberty if they are alcoholics or drug addicts, or for the prevention of the spreading of infectious

109 *Mental Health Act 2007 Explanatory Notes*, par. 24, reperibili in <http://www.legislation.gov.uk>

110 Sulla quale v. *supra*, nota 27.

111 Nonostante l'esclusione di dipendenza da alcool e droga sia stata poi mantenuta nella versione definitiva del testo, queste considerazioni non sembrano perdere del tutto di validità.

diseases, we would regard the use of a compulsory medical power for these purposes as a retrograde step. We recommend that an exclusion should be included when a Bill is introduced to Parliament, to prevent mental health professionals becoming the guardians of morality in a way that could lead to a violation of Articles 8 (right to respect for private life) and 10 (right to freedom of expression) of the ECHR”¹¹².

1.3. *Il treatability test.*

1.3.1. Il testo originario.

Il MHA prevedeva, prima della recente riforma, che vi potesse essere *detention for assessment* di persone sofferenti per *mental impairment* e *psychopathic disorder* solo ove fosse soddisfatto, tra gli altri, anche un particolare test detto di “*treatability*”¹¹³.

Questo *treatability test* prevedeva che i soggetti in questione potessero essere ricoverati solo se fosse stato offerto loro un trattamento medico “verosimilmente idoneo ad alleviare o prevenire il peggioramento delle [loro] condizioni”¹¹⁴. La norma era da leggersi in combinato disposto con s 145, dove vi è la definizione di ciò che può ritenersi “*medical treatment*”.

112 *Joint Committee on Human Rights, XXV report (Draft Mental Health Bill)*, cit., par. IV.10. Si è accennato a questo passo anche *supra*, sez. I, par. 2.1.

113 Era necessario soddisfare tale criterio, inoltre, per rinnovare il periodo di ricovero coatto in relazione a tutte le categorie di soggetti *mental disturbed*: MHA, s 20 (4).

114 V. ad es. MHA, s 3 (2) (b). Il testo inglese recita “such treatment is likely to alleviate or prevent a deterioration of his condition”.

All'epoca, potevano costituire “trattamento medico” sia l'assistenza infermieristica che la cura e la riabilitazione sotto supervisione medica¹¹⁵.

Lo scopo era, evidentemente, quello di evitare che venissero trattenute – a scopo, teoricamente, di cura – persone per le quali non era in realtà possibile o disponibile alcuna forma di terapia, riducendo il ricovero a mera detenzione e controllo: come nota JACKSON, “detaining people who cannot be treated, just in order to protect others, is preventative detention, and psychiatrists argued that their role is to *treat people who are unwell*, and not to lock up antisocial people”¹¹⁶.

L'interpretazione data dalla giurisprudenza a queste norme aveva però limitato la portata garantista del *tratability test*, giungendo ad approvare anche il mero ricovero di un soggetto in un reparto psichiatrico sotto supervisione medica, anche ove nessun trattamento (che fosse farmacologico o di psicoterapia) gli venisse somministrato. In questo senso si è espressa ad esempio la *House of Lords* nella sentenza *Reid v Secretary of State for Scotland*¹¹⁷, un caso in cui vi era “consenso generale”, tra i medici, sul fatto che non vi fosse alcun trattamento medico idoneo ad alleviare la condizione del paziente, tanto che questi “non stava ricevendo alcun farmaco né altra forma di trattamento psichiatrico a tal fine”, pur essendo ricoverato in un ospedale, sotto supervisione medica. In questa pronuncia Lord Hope ritenne, sorprendentemente, comunque soddisfatto il *tratability test*. La decisione era fondata in primo luogo su di una interpretazione molto ampia del concetto di “medical treatment”, tale da includervi “tutti i tipi di trattamento, il cui fine può andare dalla cura al contenimento”. In secondo luogo,

115 MHA, s 145 (1): “‘medical treatment’ includes nursing, and also includes care, habilitation and rehabilitation under medical supervision”.

116 Jackson E., *Medical law*, cit., p. 311.

117 *Reid v Secretary of State for Scotland* [1999] 2 WLR 28.

venne dato grande rilievo al fatto che il comportamento del paziente (definito “abnormally aggressive or seriously irresponsible”) in ospedale era “sotto controllo”; i suoi sintomi aggressivi o irresponsabili venivano controllati o modificati, e ciò poteva dirsi “prevenire il peggioramento della sua condizione” (in relazione non tanto al *mental disorder*, quanto alle manifestazioni ed ai sintomi di questo¹¹⁸). Tale conclusione venne raggiunta nonostante lo stesso giudice sembrasse esprimere il dubbio che tale “controllo dei sintomi” derivasse non da una forma di “trattamento medico” quale potrebbe considerarsi – secondo quanto affermato in sentenza – l'essere ricoverato sotto supervisione medica, ma dalla pura e semplice “detenzione”.

1.3.2. Il nuovo “treatability test”.

Come accennato, la norma in questione è ora stata sostituita da un nuovo “*treatability test*” a norma del quale, perchè la *compulsory detention* sia legittima, deve essere disponibile per il soggetto ricoverato un “appropriato trattamento medico”. La norma è tuttora da leggersi in combinato disposto con s 145, dove vi è la definizione, anch'essa rinnovata, di ciò che può ritenersi “medical treatment”.

Secondo la nuova definizione di cui alla s 145, costituiscono *medical treatment* l'assistenza infermieristica, gli interventi psicologici, la riabilitazione effettuata da specialisti della salute mentale e l'assistenza¹¹⁹. La novità più rilevante del nuovo test, tuttavia, risiede nell'eliminazione della necessità che il trattamento sia *verosimilmente idoneo* al miglioramento delle

118 Sul punto, molto rilevante, si tornerà anche nel par. seguente.

119 MHA, s 145 (1): “‘medical treatment’ includes nursing, psychological intervention and specialist mental health habilitation, rehabilitation and care”.

condizioni del paziente. E' ora infatti richiesto solamente che il trattamento sia somministrato *con il proposito di* alleviare o prevenire un peggioramento del *disorder* o di uno o più dei suoi sintomi o manifestazioni.

In dottrina si è ritenuta questa modifica meno significativa di quanto a prima vista potrebbe sembrare, dato che già sotto la vigenza del testo precedente la giurisprudenza tendeva a dare un'interpretazione molto ampia del concetto di “verosimilmente idoneo a”, riconoscendo superato il test anche in caso di trattamenti la cui idoneità a migliorare le condizioni del paziente era decisamente ipotetica¹²⁰.

In risposta alle forti critiche presentate da numerosi commentatori, in cui si esprimeva, tra l'altro, il timore che la riforma rendesse possibile la detenzione in assenza di alcun beneficio terapeutico¹²¹, riducendosi ad una forma di “misura di sicurezza” preventiva per i soggetti ritenuti pericolosi¹²², il

120 V. ad es. il caso *R (Wheldon) v Rampton Hospital Authority* [2001] 1 MHLR 19, in cui il giudice Elias J., nonostante “it may be said that those treatments have been proposed in hope rather than out of experience, and that it is possible that the various medical officers and social workers recommending such treatment do not necessarily believe that it is likely to achieve any benefits”, conclude che “in any event, it seems to me that whatever the benefit of the treatment meted out in the past, and which it is reasonable to assume, will achieve similar benefits in the future, there is evidence that further and different treatment might alleviate the condition or prevent a deterioration of it”. Cfr. anche la sentenza *South West London and St George's Mental Health NHS Trust v W* [2002] 1 MHLR 292, e Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 53.

121 V. ad es. Royal College of Psychiatrists, *Second Reading Briefing on the Mental Health Bill 2006*, cit., par. 3.1.

122 Una voce parzialmente discorda sul punto è quella di Bowen P., che risponde in senso negativo alla domanda se gli attuali criteri istituiscano una forma di detenzione preventiva: l'A. fa affidamento sul rispetto delle norme etico-professionale da parte degli operatori chiamati a valutare la necessità ed appropriatezza delle terapie. Anche

Code of Practice ha quantomeno chiarito che “semplicemente detenere qualcuno – seppur in ospedale – non può costituire *medical treatment*”¹²³. Un margine di ambiguità, tuttavia, sembra rimanere anche in seno al *Code*, che in un altro paragrafo afferma che “per alcuni pazienti (...) il trattamento può considerarsi appropriato anche se consiste solamente di assistenza infermieristica e specialistica sotto supervisione di un medico (...), in un ambiente terapeutico sicuro e strutturato”¹²⁴.

Scopo del nuovo *treatability test* sembra essere stato quello di evitare che soggetti mentalmente disturbati potessero “sfuggire” ai “*compulsory powers*” di cui al MHA a causa dell'assenza di terapie appropriate per i loro disturbi¹²⁵. In particolare, la categoria che preoccupava il Governo era quella dei soggetti affetti da disturbo della personalità, del quale è talvolta dubbia la possibilità di effettivo miglioramento in risposta ai trattamenti esistenti¹²⁶.

Una differenza significativa risiede anche nell'espressa inclusione dei “sintomi o manifestazioni” del disturbo mentale tra le condizioni che possono formare oggetto di cura sotto il MHA¹²⁷.

questo A., comunque, ritiene che il nuovo testo sia più vicino alla detenzione preventiva rispetto al precedente, non tanto a causa del nuovo *treatability test*, quanto per l'ampliamento del novero degli operatori che possono disporre la *detention*; sul punto v. *infra* (Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 55).

123 *Code of Practice*, par. 6.17.

124 *Code of Practice*, par. 6.16. Si v. anche la previsione di cui ai par. 6.18 e 6.19, per cui la mancanza totale di cooperazione del paziente al trattamento o alle terapie psicologiche non può costituire causa di inadeguatezza del trattamento proposto.

125 Cfr. Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.95.

126 Cfr. Jackson E., *Medical law*, cit., p. 310.

127 MHA, s 145 (4): “Any reference in this Act to medical treatment, in relation to mental disorder, shall be construed as a reference to

Il nuovo *treatability test* modifica infine la normativa, sotto un diverso profilo, anche in senso garantista¹²⁸: rende infatti necessario il superamento del test per ogni genere di *mental disorder* – non più solo per *personality disorder* e *learning disability* – e per ogni tipo di ricovero coatto¹²⁹.

2. I tipi di patologie “trattabili” contro la volontà del paziente nel MHA.

Un ulteriore aspetto di valenza generale, cui è opportuno accennare prima di procedere all'analisi dei singoli casi di coazione terapeutica in seno al MHA, riguarda il tipo di patologie “trattabili” attraverso questo strumento normativo, e dunque (anche) contro la volontà del paziente.

Vi si è già fatto cenno al paragrafo precedente: anche sotto la vigenza del testo originale del MHA, l'interpretazione data dalla giurisprudenza al *treatability test* era nel senso di ammettere il ricovero coatto per il trattamento non solo del disturbo mentale, ma anche dei sintomi e delle manifestazioni di questo. Con la riforma del 2007, poi, questa interpretazione è stata recepita nel testo normativo: “[o]gni riferimento (...) ai trattamenti medici, in relazione al disturbo mentale, deve intendersi riferito a trattamenti medici il cui proposito sia quello di alleviare o prevenire il peggioramento del disturbo [mentale]

medical treatment the purpose of which is to alleviate, or prevent a worsening of, the disorder or one or more of its symptoms or manifestations”. Come emerge dal passo della sentenza *Reid v. Secretary of State for Scotland* riportata *supra* al paragrafo 1.3.1., la modifica del testo normativo non fa che recepire l'interpretazione affermatasi in giurisprudenza. Nello stesso senso v. anche, *ex multis*, la sentenza *B v Croydon HA* [1995] Fam 133 e [1995] 2 W.L.R. 294.

128 Lo nota, in particolare, Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 53.

129 Eccetto che per il ricovero “for assessment”.

o di uno o più dei suoi sintomi o manifestazioni”¹³⁰.

Pertanto, è possibile che un soggetto in ricovero coatto sotto il MHA venga sottoposto a trattamento anche per altri disturbi rispetto a quello che ha dato origine al ricovero – ossia il disturbo psichiatrico – sempre che questi siano *sintomi o manifestazioni* di esso.

2.1. Alcuni esempi. Rinvio.

L'interpretazione della normativa data dalla giurisprudenza sembra tendere ad ammettere il trattamento *under the MHA* di disturbi anche molto diversi da quello psichiatrico, escludendo solamente i trattamenti per disturbi ritenuti completamente “unconnected” da esso. Per comprendere appieno la rilevanza del tema cui è dedicato il presente lavoro è di fondamentale importanza “toccare con mano” quali siano i – talvolta drammatici – problemi che nella realtà si presentano e che rientrano nel campo di applicazione delle norme descritte. Si farà qui solo cenno alla problematica centrale di alcuni di questi casi, mentre la descrizione di alcuni casi particolarmente significativi sarà collocata *infra*¹³¹, dopo aver completato l'esposizione dei meccanismi che regolano ricoveri e trattamenti coatti nel MHA e nel MCA: una volta illustrati questi, si analizzeranno alcuni casi per riflettere sulle modalità in cui le norme concretamente operano.

A titolo di esempio: è stata riconosciuta legittima l'effettuazione di un'operazione di taglio cesareo su donna incinta, in cura per schizofrenia, che la rifiutava¹³²; o – caso che

130 MHA, s 145 (4).

131 Nel par. II della sez. IV, dedicato all'analisi dalla giurisprudenza inglese sui cosiddetti “*hard cases*”.

132 *Tameside and Glossop Acute Services Trust v CH* [1996] 1 FLR 762 (solo abstract).

si riscontra con una certa frequenza nella giurisprudenza inglese – la nutrizione forzata di soggetti anoressici¹³³, o sofferenti a causa di un diverso tipo di disturbo mentale¹³⁴. Ancora, trasfusioni di sangue su soggetti che le rifiutano¹³⁵, o la sterilizzazione di persone incapaci¹³⁶. In alcuni casi, come si vedrà *infra*, la connessione tra disturbi trattati e patologia psichiatrica appare “forzata”.

Si trovano, ovviamente, anche casi in cui il legame tra trattamento proposto (o effettuato) e disturbo mentale non è, invece, stato riconosciuto¹³⁷.

133 *Re E (Medical Treatment: Anorexia)* (Rev 1) [2012] EWHC 1639 (COP) (giudice Peter Jackson J.); *Riverside Mental Health NHS Trust v Fox* [1994] 1 FLR 614 (giudici Sir Stephen Brown, Leggatt, L.J. e Paul Kennedy, L.J. Pur riguardando una questione procedurale, dal caso emerge come fosse stata, nei confronti della ricorrente, anoressica, autorizzata la nutrizione forzata da parte di una Corte); *South West Hertfordshire HA v KB* [1994] 2 F.C.R. 1051 (giudice Ewbank, J.).

134 *V. B v Croydon HA* [1995] 1 FCR 332 (giudice Thorpe J.), cit., confermata dalla Court of Appeal in *B. v Croydon Health Authority*, [1995] Fam. 133; [1995] 2 W.L.R. 294 (giudici Neill, L.J.; Hoffmann, L.J.; Henry, L.J.), cit.; *R v Collins and Ashworth Hospital Authority ex p Brady* [2000] Lloyd's Rep Med 355 (giudice Maurice Kay J.).

135 *X NHS Trust v T (Adult Patient: Refusal of Medical Treatment)*, cit. (per alcuni cenni sul caso, cfr. *supra*, nota 82 ed *infra*, sez. IV, par. 2.4.).

136 *Re A (Medical Treatment: Male Sterilization)* [2000] 1 FLR 549.

137 Tali sono i casi – molti dei quali saranno illustrati più approfonditamente *infra*, nella sez. IV – oggetto delle sentenze *Re C (Adult: Refusal of Treatment)* [1994] WLR 290 (giudice Thorpe J.; la sentenza riconosce la facoltà, per il ricorrente, di rifiutare l'amputazione di una gamba in cancrena, con gravi rischi per la sua vita, nonostante la diagnosi di schizofrenia paranoide cronica), *Re JT (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [1998] 1 FLR 48 (giudice Wall J.; la sentenza riconosce la facoltà, per una giovane donna con disturbi di comportamento, di rifiutare di sottoporsi a dialisi, pur

3. Le principali forme di intervento sulle patologie psichiatriche contro la volontà del paziente.

Il *Mental Health Act*, come già accennato, prevede diverse forme di quella che possiamo chiamare genericamente “coazione terapeutica”¹³⁸.

La coazione qui considerata deriva sia dalla privazione di libertà insita nel ricovero coatto in sé considerato, sia dalla forzata somministrazione di trattamenti farmacologici, interventi chirurgici ed altre forme di trattamento medico che durante il ricovero può avvenire.

Sul trattamento forzato si tornerà infra¹³⁹; pare comunque opportuno anticipare alcune riflessioni in merito. La somministrazione forzata di farmaci, anche se a prima vista può non risultare ovvio, costituisce una forma estrema di violazione della libertà personale: l'interferenza avviene nella sfera più intima e inviolabile di ciascun essere umano: non tocca (solo) la sua libertà di movimento, non la libertà di circolazione, ma il corpo stesso. I farmaci vanno a modificare gli equilibri psicofisici: gli psicofarmaci, in particolare, interferiscono sul pensiero, il comportamento, gli stati emotivi. Si tratta di qualcosa di estremamente delicato. Tantopiù che tutti i farmaci,

necessaria per la sua sopravvivenza); *Secretary of State for the Home Department v Robb* [1995] Fam 127 (giudice Thorpe, J.; oggetto di questa sentenza era la possibilità (o doverosità) di nutrire forzatamente un detenuto in sciopero della fame); *St. George's Healthcare NHS Trust v S*, cit. In quest'ultimo caso i medici erano convinti che in assenza di intervento cesareo su una donna incinta ci sarebbero stati gravissimi rischi – anche di morte – per nascituro e madre, ma quest'ultima, pur consapevole di tali rischi, aveva decisamente rifiutato l'intervento.

138 Il termine coazione è qui utilizzato in senso generico: in questo paragrafo si tratteranno infatti anche forme di trattamento non propriamente coattive ma solo obbligatorie: cfr. sez. II, par. 3.8.

139 Sez. II, par. 6.

e sicuramente gli psicofarmaci, ad ogni effetto benefico associano, purtroppo, effetti collaterali la cui entità può essere anche notevolissima ed invalidante, o addirittura fatale¹⁴⁰. Si pensi all'aspetto “ritardato” di molti ospiti dei reparti psichiatrici; lo sguardo perso, i movimenti a scatti, la lingua “pesante” e la salivazione eccessiva. A dispetto di quello che potrebbe pensarsi, queste caratteristiche non derivano tanto dalla patologia psichiatrica che affligge i pazienti, quanto proprio dai farmaci che questi assumono¹⁴¹. Fortunatamente,

140 La “sindrome maligna da neurolettici”, ad esempio, è una “rara, ma potenzialmente fatale complicazione del trattamento con antipsicotici, caratterizzata da una grave rigidità muscolare ed ipertermia. (...) [Q]uesti sintomi sono accompagnati da due o più dei seguenti: diaforesi, disfagia, tremore, incontinenza, cambiamenti nel livello di coscienza, dalla contusione al coma, mutismo, tachicardia, alterazioni della pressione sanguigna, leucocitosi, (...) danni muscolari”. Così Neuhut R. et al., *Neuroleptic Malignant Syndrome in Children and Adolescents on Atypical Antipsychotic Medication: A Review*, in *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, 2009, 19, pp. 415 ss. L'incidenza di questa sindrome è tra lo 0.5% e l'1% dei soggetti trattati con terapia antipsicotica (Langan J. et al., *Antipsychotic dose escalation as a trigger for Neuroleptic Malignant Syndrome (NMS): literature review and case series report*, in *BMC Psychiatry* 2012, 12, pp. 214 ss). Si v. anche Abdelmawla. A., Mitchell. A., *Sudden cardiac death and antipsychotics. Part 1: Risk factors and mechanisms*, in *Advances in Psychiatric Treatment*, 2006, 12, pp. 35 ss. Sugli effetti collaterali da psicofarmaci v. anche *infra*, cap. IV, par. 3.1.3.

141 Circa l' “*antipsychotic polypharmacy*”, ossia l'uso congiunto di due o più antipsicotici, una recente *review* degli studi pubblicati in merito ha osservato che “APP [antipsychotic polypharmacy] has been associated with increased global side effect burden, rates of Parkinsonian side effects, anticholinergic use, hyperprolactinemia, sexual dysfunction, hypersalivation, sedation/somnolence, cognitive impairment, and diabetes. (...) APP should remain a last resort treatment option” nonostante gli studi effettuati sui loro effetti collaterali siano “mostly small and uncontrolled”, e “[m]ore and high

con il progredire della scienza farmacologica, i nuovi psicofarmaci hanno effetti collaterali ridotti rispetto a quelli utilizzati decenni fa; vi sono numerose evidenze, tuttavia, di effetti collaterali importanti anche nelle attuali medicine¹⁴².

quality data are needed to further inform the individualized risk-benefit evaluation of APP”. Così Gallego J. A., *Safety and Tolerability of Antipsychotic Polypharmacy*, in *Expert Opinion on Drug Safety*, 2012, 11, pp. 527 ss. La “APP” è frequentemente utilizzata, come rilevato nel *report* della *Mental Health Act Commission Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007*, par. 6.32 ss., reperibile all'indirizzo <http://www.cqc.org.uk>.

142 Vi sono numerosi studi in merito; *ex multis*, si v. Gallego J. A. et al., *Safety and Tolerability of Antipsychotic Polypharmacy*, cit.; Muscatello M.R. et al., *Emerging treatments in the management of schizophrenia – focus on sertindole*, in *Drug Design, Development and Therapy*, 2010, 4, pp. 187 ss. (con riferimento ad un antipsicotico di seconda generazione, in questo studio si afferma che “[t]he most common adverse events are headache, insomnia, rhinitis/nasal congestion, male sexual dysfunction, and moderate weight gain, with few extrapyramidal symptoms and metabolic changes. Sertindole is associated with corrected QT interval prolongation, with subsequent risk of serious arrhythmias. Due to cardiovascular safety concerns, sertindole is available as a second-line choice for patients intolerant to at least one other antipsychotic agent”); Graham J. et al., *European guidelines on managing adverse effects of medication for ADHD*, in *European Child & Adolescent Psychiatry*, 2011, 20, pp. 17 ss., dedicato ai *side-effects* dei farmaci contro l'ADHD in bambini ed adolescenti. Per ulteriori riflessioni e riferimenti di carattere generale sul tema si v. ad esempio quanto affermato da Pozzi E. (medico psichiatra condannato per omicidio colposo per aver ridotto la dose di psicofarmaci ad un paziente che si era in seguito reso responsabile di omicidio – sentenza Cass. pen., 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), n. 10795, Pozzi, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4622 ss., con nota di Baraldo M.) in un articolo di commento al processo che lo ha visto coinvolto, pubblicato in www.psichiatria.it: “[t]utti possiamo quotidianamente osservare come la 'camicia di forza farmacologica' applicata con generosità negli anni settanta abbia causato a distanza di

Come nota BARTLETT: “forced physical confinement is quite a different intervention into liberty from the introduction of drugs into an individual's body. While many certainly find the beneficial effects of the drugs treatments outweigh the adverse effects, this does not change the fact that they act within the body, and are as such extraordinarily intrusive. (...) Involuntary treatment – psychiatric or otherwise – is an invasion of an individual's autonomy and requires a clear legal structure if it is to be justified”¹⁴³. Con riguardo agli effetti collaterali degli psicofarmaci, WALTON ricorda che essi sono “per alcune persone, intollerabili”, e che la somministrazione coattiva di tali farmaci spesso non tiene conto del rischio di suicidio ad essa correlato e degli effetti collaterali a lungo termine¹⁴⁴.

Il MHA tratta autonomamente ciascuna di queste “interferenze” nella libertà personale dei pazienti. Come vedremo, al medico è concessa una grandissima discrezionalità quanto alla terapia da imporre al paziente, e limiti sono posti

trent'anni devastanti e irreversibili effetti collaterali in tanti nostri pazienti. D'altro canto anche i più recenti neurolettici atipici, che ci dovevano liberare dagli effetti collaterali extrapiramidali, cominciano a mostrare l'altra loro faccia iatrogena sia sul piano metabolico che su quello endocrinologico”. V. anche Antonucci G., *Critica al giudizio psichiatrico*, Cuneo, 2005, p. 12: “se il farmaco smorza l'angoscia istintuale, diminuisce però anche la capacità di reazione e i meccanismi di adattamento del soggetto. Senza considerare gli effetti collaterali degli psicofarmaci, deleteri, troppo spesso minimizzati e misconosciuti. Ciò che è ancora più grave è che alla diagnosi psichiatrica si accompagna implicitamente la rottura di una barriera psicologica, che porta inevitabilmente a una sorta di dipendenza farmacologica senza fine”.

143 Bartlett P., *A matter of necessity? Enforced Treatment under the Mental Health Act*, cit.

144 Walton P., *Reforming the Mental Health Act 1983: an Approved Social Worker Perspective*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2000, 22, pp. 410 ss.

solo per pochi determinati trattamenti. Tuttavia tale potere non deriva automaticamente dall'avvio di un ricovero psichiatrico coatto: il MHA prevede una regolamentazione del trattamento somministrabile ai pazienti¹⁴⁵ autonoma da quella che disciplina i ricoveri coatti¹⁴⁶.

Quanto alla *compulsory detention*, il ricovero, come accennato, può essere “*for assessment*”¹⁴⁷, “*for treatment*”¹⁴⁸, e “*for assessment in cases of emergency*”¹⁴⁹. Ciascuno di essi ha regole e finalità diverse, che analizzeremo nei prossimi paragrafi. E' prevista, inoltre, una forma di detenzione “transitoria” per i pazienti volontari che vogliano lasciare il reparto contro la volontà del personale: si tratta dei cd. “*holding powers*”¹⁵⁰, nonché regole specifiche quanto ai poteri delle forze dell'ordine nei confronti dei *mentally disordered found in public places*¹⁵¹, o di coloro che siano fuggiti da un ricovero coatto legittimamente disposto¹⁵². Vi è, infine, la possibilità dell'emissione di una sorta di “mandato di cattura”¹⁵³ nei confronti di soggetti segnalati dai servizi sociali come incapaci di prendersi cura di se stessi che vivano soli, o che siano maltrattati¹⁵⁴.

Il *Mental Health Act* disciplina, oltre ai ricoveri “civili”, anche i ricoveri e le altre misure restrittive della libertà personale applicabili alle persone *mentally disordered* che siano

145 MHA, *Part 4*.

146 MHA, *Part 2*.

147 MHA, s 2.

148 MHA, s 3.

149 MHA, s 4.

150 MHA, s 5.

151 MHA, s 136.

152 MHA, s 138.

153 Si tratta, più correttamente, di un “mandato per la ricerca e il trasferimento” dei soggetti segnalati.

154 MHA, s 135.

accusate o condannate in relazione alla commissione di un reato¹⁵⁵: di queste si parlerà *infra*¹⁵⁶.

Dai dati statistici raccolti in merito ai ricoveri psichiatrici emerge che il numero complessivo dei ricoveri coatti è stato di 49.365 nel periodo 2010/2011. Di questi, il 92% dei ricoveri è stato disposto *ex Part 2* del MHA (si tratta dei succitati ricoveri “for assessment”, “for treatment” e “in case of emergency”), il 7% *ex Part 3* (ricoveri disposti in relazione a procedimenti penali) e lo 0,3% sulla base di norme diverse dal MHA. Dei ricoveri disposti *ex Part 2*, il 68% circa è costituito dai ricoveri “per valutazione”, il 29% circa “per trattamento”, mentre la parte restante è costituita da ricoveri di emergenza¹⁵⁷. Mentre il numero di ricoveri coatti sembra essere rimasto stabile nell'ultimo decennio, tra il 1996 ed il 2006 la percentuale delle detenzioni coatte è aumentata rispetto a quella dei ricoveri volontari; il numero complessivo dei ricoveri (volontari e coatti) risulta invece diminuito¹⁵⁸.

Altra forme di controllo del paziente psichiatrico, diverse dal ricovero, sono i *Supervised Community Treatments*¹⁵⁹ – per

155 MHA, *Part 3*.

156 *Infra*, sez. II, par. 3.9.

157 I dati riportati sono stati diffusi dall'*Health and Social Care Information Centre*, nella pubblicazione *In-patients formally detained in hospitals under the Mental Health Act, 1983 and patients subject to supervised community treatment. Annual figures, England, 2010/11*, in www.ic.nhs.uk, e sono relativi al periodo 2007/2008.

158 Keown P., Mercer G., Scott J., *Retrospective Analysis of Hospital Episode Statistics, Involuntary Admissions under the Mental Health Act 1983, and Number of Psychiatric Beds in England 1996-2006*, *British Medical Journal*, 2008, p. 1837. L'articolo fornisce anche interessanti dati statistici circa le proporzioni tra le diverse diagnosi psichiatriche poste alla base dei ricoveri coatti (sul punto v. anche diversi *reports* della *Mental Health Act Commission*, citati nel presente lavoro e reperibili all'indirizzo <http://www.cqc.org.uk>).

159 MHA., s 17A ss.

la cura dei pazienti “nella comunità”, ossia al di fuori dell'ospedale, in un contesto di libertà, il *leave of absence*¹⁶⁰ – ossia la temporanea, e reversibile, dimissione di un soggetto ricoverato – e la *guardianship*¹⁶¹ – una sorta di tutela, o amministrazione di sostegno, temporanea.

Quanto alla somministrazione di farmaci, questa è regolata nelle *Part 4*, per quanto riguarda i pazienti in ricovero coatto, e *Part 4A*, per quanto riguarda i *Community patients*.

Nei paragrafi che seguono si cercherà, dunque, di illustrare sinteticamente le regole che governano queste diverse forme di coazione terapeutica.

3.1. Coazione detentiva: *admission for assessment*

Il primo tipo di ricovero disciplinato nel MHA è il ricovero “*for assessment*”¹⁶², ossia “per valutazione”. Si tratta del “primo passo” del paziente verso il ricovero “*for treatment*”, di più lunga durata, che di norma sarà sempre preceduto da un periodo di valutazione delle condizioni del paziente.

Il ricovero “*for assessment*” ha luogo in seguito ad una “*application*” proposta dal “*nearest relative*” del paziente¹⁶³ o da un “*approved mental health professional*” (AMHP)¹⁶⁴. Chi

160 MHA, s 17.

161 MHA, s 7 ss.

162 MHA, s 2.

163 Il *nearest relative* è generalmente un parente stretto del paziente: v. MHA, s 26 ss. Di questa figura si tratterà più approfonditamente *infra*, al par. 4.1.

164 I servizi sociali locali creano dei registri di *approved mental health professional* (AMHP), certificando che i soggetti approvati abbiano “competenze adeguate nel relazionarsi con persone mentalmente disturbate” (MHA, s 114). Tra figure professionali che possono essere certificate come AMHP non vi sono i medici. Si tratta

propone l'*application* deve avere personalmente visto il paziente entro i quattordici giorni precedenti¹⁶⁵.

L'*application* deve essere corredata della raccomandazione scritta di due medici che abbiano personalmente visitato il paziente (congiuntamente o a distanza di non più di cinque giorni tra una visita e l'altra). Almeno uno dei due medici, inoltre, deve essere stato approvato dal *Secretary of State* come particolarmente esperto nella diagnosi e nel trattamento dei disturbi mentali; ancora, almeno uno dei due medici deve – “se possibile” – avere già conosciuto il paziente in precedenza.

Tali “raccomandazioni mediche” devono certificare la presenza di due requisiti previsti dalla legge, ossia:

a) che il soggetto soffre di un disturbo mentale di tale natura o di tale intensità da giustificare la detenzione del paziente in ospedale per una valutazione (o per una valutazione seguita da un trattamento medico) almeno per un periodo di tempo limitato; e

b) che dovrebbe essere trattenuto in ospedale nell'interesse della propria salute o sicurezza, o al fine di proteggere altre persone.

Circa il criterio della “natura o l'intensità” del disturbo, di cui alla lettera a), bisogna notare che l'uso della congiunzione disgiuntiva “o” fa sì che un disturbo di *natura* (ma non di *intensità*) tale da giustificare il ricovero possa comunque soddisfare questo criterio: in questo senso si è anche espressa la giurisprudenza¹⁶⁶. Questa formulazione (come vedremo,

prevalentemente di “*social workers*”, ma possono esserlo anche infermieri specializzati in salute mentale, terapisti occupazionali, psicologi. Cfr. Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.48 ss.

165 MHA, s 11 (5).

166 *R v Mental Health Review Tribunal for South West Thames Region, ex p Smith* [1999] COD 148. Dall'*abstract* della sentenza:

utilizzata anche per il ricovero trattamentale) è stata criticata, dato che permette il ricovero coatto di un soggetto la cui patologia sia di natura tale da giustificare *in generale* la detenzione, seppur al momento del giudizio questa non sia, in realtà, di intensità tale da richiedere il ricovero ospedaliero¹⁶⁷: “[i]n our, perhaps optimistic, view, the preferable and Convention-compliant wording must be that the mental disorder in question is both a nature *and* a degree to warrant detention”¹⁶⁸.

Il *Code of Practice* specifica – in modo, mi pare, non del tutto cristallino – cosa debba intendersi per “natura” ed “intensità”: il concetto di *natura* “si riferisce al particolare disturbo mentale di cui soffre il paziente (la sua cronicità, la prognosi, e la risposta del paziente alle terapie già ricevute)”; quello di *intensità* “si riferisce alla attuale manifestazione del disturbo del paziente”.

In seguito alla presentazione di questa documentazione, il soggetto può essere ammesso in ospedale e trattenuto per un periodo massimo di ventotto giorni, non rinnovabile. La detenzione potrà comunque essere protratta nel caso in cui, prima dello scadere di tale termine, venga disposto un diverso tipo di ricovero secondo le modalità descritte nei paragrafi seguenti.

A dispetto della denominazione, nel corso di un “ricovero

“[a]lthough S.'s condition was at present static, the nature of the disorder was such that it might cease to be so. MHRT was right to refuse discharge where it found that either the nature or the degree of the disorder was such that continued detention was warranted”.

167 Jackson E., *Medical law*, cit., p. 335.

168 Bartlett P. e Sandland R., *Mental Health Law: Policy and Practice*, Oxford University Press, 2007, p. 403. La citazione fa riferimento al criterio specificato per la *detention for treatment*, analogo a quello in oggetto (su di esso si v., comunque, il prossimo paragrafo).

per valutazione” possono anche essere somministrate terapie ai pazienti¹⁶⁹, secondo le regole di cui alla *Part 4*, esposte in seguito.

3.2. (segue) admission for treatment.

L' “*admission for treatment*” è disciplinata nella *section* successiva, la *s 3*. Si tratta di un ricovero tendenzialmente di lungo periodo, in cui la patologia del paziente viene “trattata”. Le modalità e i criteri di applicazione di questo tipo di ricovero sono simili a quelli ora visti per il ricovero “*for assessment*”, con alcune differenze.

L'*application*, anche in questo caso, deve essere proposta dal *nearest relative* o da un AMHP (come previsto anche per il ricovero “valutativo”, chi propone l'*application* deve aver personalmente visto il paziente non più di quattordici giorni prima¹⁷⁰). Sul punto vi è, tuttavia, una differenza significativa rispetto al ricovero valutativo, di grande interesse anche come “spunto” per la normativa italiana, che non prevede alcuna regola di questo tipo. Il MHA prevede infatti che, nel caso in cui l'*application* sia proposta da un AMHP, questi – salvo che ciò non sia “ragionevolmente possibile” o comporti un eccessivo ritardo – deve consultare il *nearest relative* (se esistente) del paziente; ed ove il *nearest relative* si opponga all'*application*, questa non può essere portata avanti. Al *nearest relative*, insomma, è attribuito una sorta di potere “di veto” sul ricovero “*for treatment*” del paziente.

La portata di questa previsione è, in realtà, molto limitata rispetto a quanto potrebbe a prima vista sembrare. Infatti il ruolo di *nearest relative*, al quale sono collegate diverse

169 Cfr. MHA, *s 2 (2)(a)* e Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.82.

170 MHA, *s 11 (5)*.

facoltà¹⁷¹, è soggetto a precise regole quanto a nomina e decadenza. Un caso in cui l'autorità giudiziaria può dichiararne la decadenza è proprio quello in cui “il *nearest relative* irragionevolmente si opponga all'*application* per il ricovero trattamentale”, o sia per altri motivi una persona inadatta a ricoprire tale ruolo¹⁷². E' chiaro, dunque, che lo spazio di discrezionalità lasciato a questa figura è soggetto a un forte controllo da parte delle autorità sanitarie e giurisdizionali.

L'*application*, anche in questo caso, deve essere supportata dalla dichiarazione scritta di due medici (le cui caratteristiche sono le stesse descritte per il ricovero “*for assessment*”) che la condizione del paziente soddisfa i criteri richiesti dalla norma.

Tali criteri richiedono che:

a) il paziente soffra di un disturbo mentale (“*mental disorder*”) di natura o intensità tale *da rendere appropriato* per il paziente il ricovero in ospedale al fine di ricevere un trattamento¹⁷³;

b¹⁷⁴) sia *necessario*, per la salute o sicurezza del paziente

171 Cfr. *infra*, sez. II, par. 4.1.

172 MHA, s 29 (3)(c) ed (e). Per un esempio di “destituzione” del *nearest relative*, v. *Lewis v Gibson* cit. Il *test* per valutare l'irragionevolezza dell'obiezione rimane quello stabilito in *W v L* [1974] QB 711: “[t]he proper test is to ask what a reasonable [person] in her place would do in all the circumstances of the case”.

173 Il corsivo in questa e nella successiva lettera è aggiunto, per sottolineare la differenza di questa espressione rispetto a quella contenuta nella previsione di cui alla s 2, che richiede invece che il soggetto soffra di un disturbo mentale “tale *da giustificare* la detenzione del paziente in ospedale”. Come si può notare, l'espressione utilizzata per il ricovero “*for treatment*” (“intensità *tale da rendere appropriato* il ricovero”) sembra porre una soglia di ammissibilità del ricovero più bassa rispetto a quella individuata dalla s 2.

174 Si tratta in realtà della lettera c) della s 3(2), che qui indichiamo

o per la protezione di altre persone, che il paziente riceva tale trattamento, che non può essere somministrato se non attraverso questa detenzione¹⁷⁵;

c) sia disponibile per il paziente un trattamento medico appropriato¹⁷⁶.

Le dichiarazioni dei medici devono specificare le ragioni su cui sono fondate in relazione alle condizioni del paziente e, se esistono altre modalità di cura possibili, perchè queste non sono, nel caso di specie, adeguate.

Il *Code of Practice* fornisce ulteriori dettagli per l'interpretazione di queste norme, in particolare in relazione ai fattori da considerare quanto ai parametri “salute o sicurezza del paziente”¹⁷⁷ e “protezione di altre persone”¹⁷⁸ (ad esempio,

come b) dal momento che la lettera b) esistente è stata abrogata (conteneva il “vecchio” *treatability test*).

175 In questo caso, invece, l'uso del termine “necessario” dispone una maggior garanzia per il paziente rispetto a quella prevista dalla s 2 per il ricovero “valutativo”.

176 Quanto al significato di “trattamento medico”, cfr. quanto specificato *supra*, sez. II, par. 1.3.

177 MHA *Code of Practice*, par. 4.6: “Factors to be considered in deciding whether patients should be detained for their own health or safety include: the evidence suggesting that patients are at risk of: suicide; self-harm; self-neglect or being unable to look after their own health or safety; or jeopardising their own health or safety accidentally, recklessly or unintentionally; or that their mental disorder is otherwise putting their health or safety at risk; any evidence suggesting that the patient’s mental health will deteriorate if they do not receive treatment; the reliability of such evidence, including what is known of the history of the patient’s mental disorder; the views of the patient and of any carers, relatives or close friends, especially those living with the patient, about the likely course of the disorder and the possibility of it improving; the patient’s own skills and experience in managing their condition; the potential benefits of treatment, which should be weighed against any adverse effects that being detained might have on the patient’s wellbeing; and

è interessante la precisazione circa la natura del “danno” da cui vanno protette le “altre persone”: esso, oltre che fisico, può essere anche psicologico).

Inoltre, il *Code* chiarisce che al ricovero coatto deve essere normalmente preferito il ricovero volontario, quantomeno per i pazienti che hanno la capacità di consentire e così fanno. Tuttavia, diversamente da quanto impone la normativa italiana sui TSO¹⁷⁹, per attuare un ricovero coatto sotto il MHA il paziente non deve necessariamente rifiutare ricovero e cure: anche se vi acconsente, può essere comunque trattenuto coattivamente. Così, infatti, dispone il *Code*: “[c]ompulsory admission should, in particular, be considered where a patient’s current mental state, together with reliable evidence of past experience, indicates a strong likelihood that they will have a change of mind about informal admission, either before or after they are admitted, with a resulting risk to their health or safety or to the safety of other people”¹⁸⁰.

Inoltre, il *Code* pone una regola che potrebbe apparire

whether other methods of managing the risk are available”.

178 MHA *Code of Practice*, par. 4.7 e 4.8: “In considering whether detention is necessary for the protection of other people, the factors to consider are the nature of the risk to other people arising from the patient’s mental disorder, the likelihood that harm will result and the severity of any potential harm, taking into account: that it is not always possible to differentiate risk of harm to the patient from the risk of harm to others; the reliability of the available evidence, including any relevant details of the patient’s clinical history and past behaviour, such as contact with other agencies and (where relevant) criminal convictions and cautions; the willingness and ability of those who live with the patient and those who provide care and support to the patient to cope with and manage the risk; and whether other methods of managing the risk are available. Harm to other people includes psychological as well as physical harm”.

179 L. 833/1978, art. 34.

180 MHA *Code of Practice*, par. 4.11.

“ovvia”, ma che, come vedremo¹⁸¹, non viene sempre seguita, ed ha una grande rilevanza pratica per i cd. “informal patients” (ossia i pazienti volontari): “la minaccia di detenzione coatta non deve essere utilizzata per indurre il paziente ad acconsentire al ricovero o al trattamento (e rende invalido il consenso apparentemente dato)”¹⁸².

3.3. (segue) e *admission for assessment in cases of emergency*.

Il MHA prevede un ricovero d'urgenza¹⁸³, che può essere disposto con minori garanzie per il paziente, ma di durata ridotta.

L'*application*, proposta anche in questo caso da *nearest relative* o *Approved Mental Health Professional*¹⁸⁴, può essere corredata dalla dichiarazione di un solo medico; in essa si deve attestare “l'urgente necessità che il paziente sia ammesso e trattenuto *ex s 2*”, dunque *for assessment*, e che “il rispetto delle norme che regolano la normale procedura di ricovero comporterebbero un ritardo 'undesiderable'”.

La durata del ricovero fondato su tale *application* è di un periodo massimo di 72 ore dal momento in cui il paziente viene ammesso in ospedale. Entro questo periodo può essere avviata una *admission ex s 2*, nel caso in cui venga emessa una seconda dichiarazione medica e siano soddisfatti tutti i requisiti richiesti per il ricovero “regolare”.

181 *Infra*, sez. II, par. 5.2.

182 MHA *Code of Practice*, par. 4.12.

183 MHA, s 4.

184 In questo caso, chi propone l'*application* deve aver visto il paziente nelle ventiquattr'ore precedenti.

3.4. Altre forme di interventi coattivi: *holding powers*.

Come accennato, vi sono altre forme di esercizio legittimo della forza sui pazienti psichiatrici regolati dal MHA.

In primo luogo, è prevista una forma di “trattenimento coattivo” dei pazienti volontari che vogliano lasciare il reparto contro la volontà del personale: si tratta dei cd. “*holding powers*”¹⁸⁵. Il potere di trattenere un paziente che cerchi di lasciare l'ospedale in cui si trova può essere esercitato da qualsiasi medico – non necessariamente uno psichiatra – su qualsiasi paziente abbia in cura, indipendentemente dal motivo (fisico o psichico) che lo aveva inizialmente condotto in ospedale. Il medico, nel caso in cui ritenga opportuno proporre un'*application* per un ricovero valutativo o trattamentale, invia all'*hospital manager* un report in cui comunica la sua opinione; a partire da questo momento, il paziente può essere trattenuto in ospedale per un massimo di settantadue ore, in attesa che venga portata a termine la procedura di ricovero coatto *ex s 2 o 3* del MHA.

Un analogo potere è attribuito agli infermieri, i quali, se ritengono che “il paziente soffra di un disturbo mentale di tale natura o intensità da rendere necessario, per la sua salute o sicurezza o per la protezione di altre persone, impedirgli di lasciare l'ospedale”, e che “non sia possibile assicurare la presenza immediata di un medico affinché predisponga il report” di cui al par. (2) della *section*, possono impedire al paziente di lasciare l'ospedale per un massimo di sei ore, registrando per iscritto la decisione, ed informandone al più presto gli *hospital managers*.

La *Mental Health Act Commission*¹⁸⁶, un organismo indipendente istituito affinché controlli l'applicazione del

185 MHA, s 5.

186 Ora parte della “*Care Quality Commission*”. Su di essa v. *infra*, sez. II, par. 5.2.

MHA, con particolare riguardo agli aspetti relativi alla detenzione dei pazienti ed ai loro diritti, avverte che vi è la tendenza ad abusare di questo strumento, utilizzandolo come un discrezionale potere detentivo più che come un mezzo per rendere possibile, quando necessaria, una valutazione delle condizioni del paziente per in applicazione del MHA; spesso, inoltre, viene utilizzato al fine di trattenere e trattare pazienti che rifiutano trattamenti fisici, in assenza di una patologia psichiatrica¹⁸⁷.

3.5. (segue) poteri delle forze dell'ordine, “warrants to search for and remove”, e “retaking of patients”.

Altre forme di esercizio legittimo della forza sui pazienti psichiatrici sono costituite in primo luogo dai poteri delle forze dell'ordine sui *mentally disordered found in public places*¹⁸⁸. E' previsto, infatti, che ove un poliziotto trovi, in un luogo pubblico, una persona che gli appaia affetta da un disturbo mentale e bisogna di immediate cure o controlli, questi possa portare il soggetto in un *place of safety*¹⁸⁹ se lo ritiene

187 *Mental Health Act Commission, Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007* (TSO, 2008), par. 4.9 s., reperibile all'indirizzo <http://www.cqc.org.uk>.

188 MHA, s 136.

189 Con l'espressione “place of safety” si intende una “residential accommodation provided by a local social services authority (...), a hospital as defined by this Act, a police station, an independent hospital or care home for mentally disordered persons or any other suitable place the occupier of which is willing temporarily to receive that patient”. MHA, s 135 (6). Il *Code of Practice* specifica che la scelta di una stazione di polizia come “place of safety” non deve essere la regola, ma l'eccezione: “[a] police station should be used as a place of safety only on an exceptional basis. It may be necessary to

necessario nell'interesse di quella persona o per proteggerne altre.

Il soggetto può essere trattenuto per un massimo di settantadue ore, al fine di essere visitato da un medico e da un AMHP, e di predisporre il necessario per la sua cura. Il *Code* specifica che chi sia trattenuto su questa base è considerato “in stato di arresto”; pertanto gli agenti di polizia hanno il potere di perquisire il trattenuto e requisire eventuali oggetti secondo le regole previste per gli arresti effettuati in relazione alla commissione di un reato. Se il *place of safety* è una stazione di polizia, i trattenuti hanno anche diritto di accesso a un avvocato secondo le medesime regole¹⁹⁰.

Il trasferimento verso un “place of safety” è utilizzato anche in caso del “warrant to search for and remove patients”¹⁹¹. Si tratta di una sorta di “mandato di cattura”¹⁹² nei confronti di soggetti segnalati dai servizi sociali nelle situazioni di seguito illustrate.

Ove un *justice of peace*¹⁹³, su segnalazione di un AMHP, abbia il ragionevole sospetto che una persona affetta da disturbo mentale sia maltrattata o trascurata, o sia incapace di prendersi cura di se stessa pur vivendo da sola, emetterà un mandato

do so because the person’s behaviour would pose an unmanageably high risk to other patients, staff or users of a healthcare setting. It is preferable for a person thought to be suffering from a mental disorder to be detained in a hospital or other healthcare setting”(MHA *Code of Practice*, 10.21.

190 MHA *Code of Practice*, par. 10.45 e 10.47. L’utilizzo della s 136 nella prassi è stato studiato da diversi autori. Cfr., per una sintesi delle ricerche pubblicate negli ultimi anni, Borschmann R. D. et al., *Section 136 of the Mental Health Act: a new literature review*, in *Medicine, Science and the Law*, 2010, 50, pp. 34 ss.

191 MHA, s 135.

192 Si tratta, più precisamente, di un “mandato per la ricerca e il trasferimento” dei soggetti segnalati.

193 Figura analoga al giudice di pace italiano.

autorizzando le forze di polizia¹⁹⁴ ad entrare, eventualmente con la forza, all'interno di qualsiasi edificio o terreno in cui il soggetto si trovi ed a trasferirlo presso un *place of safety* – per un periodo massimo di settantadue ore – perchè sia proposta una *application ex part II* del MHA o sia altrimenti organizzata la sua cura.

Un analogo mandato può essere emesso quando sia necessario condurre – o ricondurre – un soggetto in ospedale o in altro luogo sulla base del MHA, e l'accesso al luogo in cui si trova il soggetto sia stato negato¹⁹⁵.

Da ultimo, sono specificamente regolate le modalità di “retaking” di soggetti fuggiti da un ricovero coatto legittimamente disposto, o da un *place of security*¹⁹⁶. I soggetti che possono fermare e prendere in custodia la persona sono svariati, a seconda delle circostanze. Generalmente hanno questo potere tutti i poliziotti e gli AMHP, nonché il personale del luogo di cura dal quale la persona è scappata o qualsiasi persona a tal fine espressamente autorizzata dal *manager hospital*.

3.6. Coazione non detentiva nel MHA: il “leave of absence”

Vi è la possibilità per un paziente trattenuto di ottenere un “leave of absence”, ossia il permesso di lasciare il luogo di cura per un certo periodo, la cui durata viene indicata¹⁹⁷ dal “responsible clinician”¹⁹⁸. Tale permesso può essere

194 Accompagnate da un medico: cfr. MHA *Code of Practice*, 10.3.

195 MHA, s 135 (2).

196 MHA, s 18 e 138.

197 Ma può anche essere lasciata indeterminata.

198 Il professionista – che deve avere la qualifica di “*approved clinician*” – che ha in carico il paziente e ne supervisiona il trattamento. Può trattarsi di uno psichiatra, ma tale ruolo non è

subordinato al rispetto di condizioni indicate dal *clinician*: può trattarsi del divieto di frequentare certi luoghi o certe persone, ma soprattutto si tratterà dell'obbligo di assumere determinati farmaci. Queste condizioni possono essere fatte rispettare con la forza, se necessario: si tratta di una delle differenze più significative tra questo istituto e quello, in parte analogo, dei *supervised community treatment*, istituito con le riforme del 2007. Le caratteristiche di quest'ultimo istituto saranno illustrate nel prossimo paragrafo; ad esso, come si vedrà, è attribuita una sorta di “precedenza” rispetto al *leave of absence*¹⁹⁹.

Durante il *leave*, il paziente rimane soggetto al potere di trattamento previsto dal MHA per i ricoverati: può dunque

limitato ai medici: può trattarsi anche di psicologi, terapisti occupazionali, assistenti sociali e infermieri, purchè abbiano frequentato corsi di formazione specifici e siano stati “approvati” nel loro ruolo dall'autorità sanitaria (cfr. *The Mental Health Act 1983 Approved Clinician (General) Directions 2009*, in <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>). Sul punto vi sono alcune incertezze e l'ampliamento di questa figura a diverse categorie professionali ha suscitato alcune preoccupazioni: cfr. Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.64 ss. In particolare si v. le perplessità circa la compatibilità di tale estensione del ruolo di RC con l'art. 5 Cedu. La Corte di Strasburgo, come si vedrà anche *infra*, nel capitolo II, richiede infatti che la “detenzione di alienati” sia fondata su una “oggettiva evidenza medica”: cfr. *Mental Health Act Commission, Risk, Rights, Recovery*, cit., par. 4.51-4.52 (nei successivi *Reports* diffusi dalla *Care Quality Commission* – che, come accennato, ha sostituito la *Mental Health Act Commission* (sul punto v. *supra*, par. 3.4.4.) – non ribadisce tale preoccupazione, auspicando anzi una maggiore multidisciplinarietà nella cura dei pazienti, data la scarsa implementazione nella prassi dell'ampliamento del ruolo di RP: *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, p. 59, reperibile all'indirizzo www.cqc.org.uk), sul quale più approfonditamente *infra*, par. 5.2.

199 Cfr. *infra*, par. 3.6, e s 17 (2A) e (2B).

essere costretto ad assumere il trattamento ritenuto opportuno dal proprio *responsible clinician* (secondo le regole che saranno analizzate *infra*²⁰⁰), e non necessariamente, per la somministrazione coattiva, il paziente deve essere richiamato in ospedale, anche se il *Code* ne sottolinea l'opportunità²⁰¹. Il *leave*, inoltre, può essere “scortato”: il *clinician* può disporre, infatti, che il paziente sia costantemente accompagnato da un membro dello staff, da un familiare o un amico o perfino da un agente di polizia²⁰².

Il paziente che si trovi in *leave of absence* può essere richiamato in ospedale, “nell'interesse della sicurezza o della salute del paziente o per la tutela di altre persone”: ciò può avvenire in seguito all'infrazione delle condizioni apposte al permesso, o più in generale quando il *clinician* lo ritenga necessario.

Questo istituto era stato ideato per permettere un graduale rientro “in società” dei pazienti ricoverati, mantenendo l'obbligatorietà delle cure ed il controllo su di essi, e limitando al contempo il carattere restrittivo della detenzione. Ora le stesse finalità sono perseguite dalla nuova figura dei *supervised community treatment*.

3.7. (segue) ... e la “guardianship”.

La *guardianship* è un'ulteriore istituto mosso da finalità analoghe a quelle appena descritte per il *leave of absence*: rendere possibile il controllo del paziente in un contesto meno restrittivo di quello detentivo, permettendogli una vita “in società”.

Su richiesta di un AMHP o del *nearest relative* del

200 Par. 6.

201 MHA *Code of Practice*, par. 21.24.

202 MHA *Code of Practice*, par. 21.26.

paziente, può essere affidato a un soggetto (che può essere il *nearest relative*, un AMHP, ma anche l'ente locale per i servizi sociali) il ruolo di *guardian*. Al *guardian* sono attribuiti poteri di controllo sul paziente: quello di deciderne il luogo di residenza; quello di ordinargli di presentarsi in luoghi ed orari specificati per ricevere terapie, o per educazione o lavoro; il potere, infine, di richiedere che il paziente sia visitato da medici o AMHP²⁰³.

Bisogna specificare, tuttavia, che parte di questi poteri sono più teorici che reali, dal momento che il *guardian* ha, in realtà, il potere di imporre coattivamente al paziente solamente le decisioni relative al luogo di residenza²⁰⁴ (tenendo comunque presente che questo potere “non può essere utilizzato per restringere la libertà del paziente tanto da portare ad una detenzione *de facto*”²⁰⁵). In particolare, il paziente non potrà invece subire un trattamento sanitario contro la sua volontà: il *Code* specifica che il *guardian* non ha il potere di acconsentire al trattamento medico sostituendosi al paziente²⁰⁶.

La durata della *guardianship* è regolata in maniera identica a quella del ricovero “for treatment”: il periodo iniziale è di sei mesi, rinnovabili per un ulteriore periodo di sei mesi e successivamente per periodi di un anno ciascuno²⁰⁷.

203 MHA, s 8.

204 “If patients leave the place where they are required to live without the guardian’s permission, they can be taken into legal custody and brought back there” (MHA *Code of Practice*, par. 26.26). La *legal custody* è quella disciplinata dal MHA, s 18, che prevede la possibilità che il paziente sia “taken into custody and returned to the hospital or place by any approved social worker approved mental health professional, by any officer on the staff of the hospital, by any constable, or by any person authorised in writing by the managers of the hospital”.

205 MHA *Code of Practice*, par. 26.29.

206 MHA *Code of Practice*, par. 26.5.

207 MHA, s 20.

3.8. Obbligatorietà, ma non coazione diretta: i *Supervised Community Treatment*.

I *Supervised Community Treatments* (SCT) sono stati istituiti con la riforma del 2007. Secondo alcuni commentatori, si tratta di un istituto che, pur rendendo possibile come il *leave of absence* un controllo anche a lungo termine²⁰⁸ del paziente “in società”, garantisce maggiori tutele per i pazienti²⁰⁹. Lo scopo è quello di creare un sistema di cura e presa in carico del paziente una volta cessato il ricovero coatto, che riduca il rischio di *non-compliance* del paziente e ne renda possibile il controllo. Il trattamento, nel caso dei SCT, non può essere somministrato coattivamente²¹⁰ (a differenza dei *leave of absence*); tuttavia il paziente può essere richiamato – questa volta sì coattivamente – in ospedale.

Nonostante la *ratio* dichiarata dal legislatore sia quella di creare un'alternativa al ricovero che lasci maggiori spazi di libertà al paziente e sia meno “restrittiva”, l'istituto del *Supervised Community Treatment* è stato oggetto di numerose critiche. In primo luogo è stata avanzata il timore che esso venga applicato con eccessiva ampiezza, e da “alternativa meno restrittiva per il controllo di piccoli gruppi di pazienti” diventi passaggio di routine tra il ricovero coatto e la libertà, portando di fatto ad un “massiccio aumento della coercizione legale sulla generalità dei pazienti psichiatrici”²¹¹.

208 La durata dei *Supervised Community Treatments* è di sei mesi, rinnovabili per ulteriori periodi di un anno: MHA, s 20A.

209 Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 73.

210 Sul punto v. però *infra*, in questo paragrafo.

211 Così Lord Patel in un dibattito sulla bozza di riforma del MHA nella *House of Lords*, riportato in Jackson E., *Medical law*, cit., p. 342. Questi timori sembrano essere confermati dai dati raccolti in seguito all'entrata in vigore dei *Supervised Community Treatments*: nonostante il numero dei ricoveri coatti sia leggermente diminuito tra

Inoltre, sono stati espressi dubbi in merito all'efficacia della reintegrazione in società operata per mezzo del *Supervised Community Treatment*: trattandosi pur sempre di uno strumento di controllo dei pazienti psichiatrici, non incentiva il ricorso ai servizi da parte di questi ultimi, e potrebbe portare ad un aumento della loro stigmatizzazione ed esclusione sociale²¹². Altre critiche sono state avanzate rispetto alle condizioni apponibili ai SCT, ai criteri per applicarle, al meccanismo del *recall*²¹³, ed all'accento da essi posto sulla somministrazione di farmaci rispetto ad altri servizi, quali psicoterapia o supporto nella ricerca di un alloggio o del lavoro, per una effettiva reintegrazione in società²¹⁴.

La volontà del legislatore sembra essere quella far scemare radicalmente il numero di *leave of absence* in favore dei *Supervised Community Treatment*: s 17 (2), inserita nel 2007, prevede che i *responsible clinician* possano concedere un *leave of absence* di durata superiore ai sette giorni solamente se ritengono di non poter ammettere quel paziente ad un *supervised community treatment*.

I pazienti vengono ammessi ai *Supervised Community Treatments* in seguito all'emissione, da parte del *responsible*

il 2009 ed il 2011 (dello 0,1%), il numero dei pazienti soggetti a controllo nel quadro del MHA è aumentato, nel periodo di riferimento, del 5%, ed il numero delle persone soggette a *Supervised Community Treatments* è aumentato del 29% (fonte: *Health and Social Care Information Centre, In-patients formally detained in hospitals under the Mental Health Act, 1983 and patients subject to supervised community treatment. Annual figures, England, 2010/11, cit.*).

212 Così, riportando le opinioni dei critici dei *Supervised Community Treatments*, Laing J., *Right versus risk? Reform of the mental Health Act 1983*, *Medical Law Review*, 2000, pp. 210 ss.

213 Le osservazioni critiche relative a questi temi saranno meglio esposte *infra*, nel corso del paragrafo.

214 Jackson E., *Medical law*, cit., p. 345.

clinician e con il consenso di un AMHP, di un *community treatment order*.

Tale ordine può essere emesso quando si ritengano soddisfatti alcuni criteri: in primo luogo, che il paziente soffra di un disturbo mentale che richieda un trattamento medico, necessario per la sua salute o sicurezza o per la protezione di altre persone; in secondo luogo, che tale trattamento possa essere somministrato anche senza una detenzione continuativa in ospedale; in terzo luogo, che è tuttavia necessario che il *responsible clinician* abbia il potere di riconvocare il paziente in ospedale, in caso di necessità²¹⁵. Nel giudicare la rispondenza a tali criteri, il *clinician* deve operare una valutazione dei rischi che scaturirebbero, anche per terze persone, da un eventuale peggioramento delle condizioni del paziente in seguito alla cessazione della detenzione: ad esempio, a causa del rifiuto di assumere i farmaci prescritti.

Come accennato, al *community treatment order* possono essere apposte le condizioni che *responsible clinician* e AMHP ritengano “necessarie o appropriate”²¹⁶ per assicurare che il paziente riceva il trattamento, prevenire i rischi per la salute e la sicurezza del paziente e per proteggere altre persone²¹⁷. Vi è, in realtà, una condizione che deve essere in ogni caso imposta: che il paziente si renda disponibile per una visita ove necessario per un eventuale rinnovo del *Supervised Community Treatment* o per un certificato relativo al trattamento medico da somministrargli²¹⁸. Altre condizioni possono essere poste in

215 MHA, s 17A (5). Ulteriore requisito, anche in questo caso, è la disponibilità di un appropriato trattamento medico.

216 Sul punto, Jackson E., *Medical law*, cit., nota che l'uso della congiunzione “o” rende questo criterio estremamente ampio, suggerendo che una condizione può essere apposta perchè ritenuta appropriata pur non essendo, tuttavia, necessaria.

217 MHA, s 17B (2).

218 MHA, s 17B (3). Per i dettagli circa le regole che governano la

relazione al luogo di residenza, a quello di somministrazione del trattamento o a luoghi o persone che il paziente deve astenersi dal frequentare.

Il *Code of Practice* esorta ad evitare di porre condizioni tali da restringere eccessivamente la libertà del paziente – riducendole al minimo indispensabile al raggiungimento del risultato – ed a indicare con precisione il contenuto delle stesse, affinché il paziente possa correttamente prevedere le conseguenze delle proprie azioni. Inoltre, il *Code* raccomanda che la ragione di ciascuna condizione sia spiegata al paziente, data l'importanza della cooperazione di questi e del suo impegno nel rispettare le condizioni impostegli²¹⁹. La grande discrezionalità lasciata ai *clinician* circa quantità e qualità delle condizioni imponibili ha destato, comunque, alcune preoccupazioni tra i commentatori, che temono che queste possano, almeno teoricamente, giungere ad una vera e propria “privazione di libertà”, in assenza di adeguate garanzie a tutela del paziente: nonostante le raccomandazioni del *Code of Practice*, “CTOs²²⁰ undoubtedly have the potential to interfere substantially with a person's freedom”²²¹.

Contrariamente a quanto previsto per il *leave of absence*, un paziente in *Supervised Community Treatment* non può essere

somministrazione dei trattamenti ai pazienti in *SUPERVISED COMMUNITY TREATMENT*, v. *infra*, par. 3.8.4.

219 MHA *Code of Practice*, par. 25.35: “[t]he reasons for any conditions should be explained to the patient and others, as appropriate, and recorded in the patient’s notes. It will be important, if SCT is to be successful, that the patient agrees to keep to the conditions, or to try to do so, and that patients have access to the help they need to be able to comply”.

220 CTO sta per *Community Treatment Orders*, il decreto che dà inizio al SCT.

221 Così Jackson E., *Medical law*, cit., p. 343. Cfr. anche Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., pp. 91 ss. e Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.168.

costretto ad assumere il trattamento prescrittogli; nel caso in cui si rifiuti di assumerlo, tuttavia, il SCT può essere revocato, oppure il paziente può essere provvisoriamente *recalled* in ospedale. Bisogna del resto tenere presente quanto osservato dalla *Mental Health Act Commission* sul punto: “[i]t would also be naive to assume that coercion of SCT patients into taking medication to which they refuse consent will not occur because the law makes no formal provision for this”²²².

Il paziente può essere *recalled* in ospedale²²³ in caso di necessità (quando cioè il paziente “necessiti di trattamento medico in ospedale per il suo disturbo mentale” o quando “vi sarebbe rischio per la salute o sicurezza del paziente o per altre persone se il paziente non venisse richiamato in ospedale”²²⁴). Così il *Code* illustra la *ratio* del potere di *recall*: “[t]he recall power is intended to provide a means to respond to evidence of relapse or high-risk behaviour relating to mental disorder before the situation becomes critical and leads to the patient or other people being harmed. The need for recall might arise as a result of relapse, or through a change in the patient’s circumstances giving rise to increased risk”²²⁵. Il *recall* è una misura provvisoria, alla quale non consegue automaticamente la revoca definitiva della misura.

Il paziente richiamato in ospedale è costretto a recarvisi ed è ivi trattato contro la sua volontà, ma allo scadere del periodo massimo di settantadue ore dovrà essere rilasciato (a meno che

222 *Mental Health Act Commission, Thirteenth Biennial Report 2007–2009, Coercion and consent*, TSO 2009, par. 3.65. Al par. 3.71 la Commissione inoltre nota che un certo numero di medici “seemed to be genuinely unaware that, in contrast with powers over those liable to be detained, the refusal of an SCT patient cannot be overridden using the consent to treatment provisions of the Act”.

223 MHA, s 17E e 17F.

224 MHA, s 17E (1).

225 MHA *Code of Practice*, par. 25.47.

non si ritenga necessario revocare definitivamente il SCT e detenere il paziente in ospedale “for treatment”). Spesso il *recall* viene attivato in caso di *non-compliance* con il trattamento²²⁶, o in caso di infrazione delle condizioni poste²²⁷.

Un *Supervised Community Treatment* può avere termine nel caso in cui il paziente sia migliorato tanto da non soddisfare più i criteri per l'applicazione della misura, o giunga alla scadenza²²⁸ senza che ne sia stato richiesto il rinnovo; oppure può essere revocata²²⁹, se il *responsible clinician* e l'AMHP ritengono non più soddisfatti i criteri per il *community treatment* ma invece presenti i requisiti per il ricovero *ex s* 3. Questa previsione ha fatto sorgere dubbi circa il rispetto dei criteri stabiliti dalla CEDU per la legittima detenzione dei soggetti “alienati”, analizzati al capitolo precedente. Infatti, il ricovero può in questo caso conseguire alla decisione di *responsible clinician* e AMHP: due figure che, come si è visto, non necessariamente svolgono la professione medica²³⁰.

3.9. Le misure disposte nell'ambito di un procedimento penale.

Come anticipato, ricoveri e altre misure restrittive della

226 Sul punto, si vedano le osservazioni critiche di Walton P., *Reforming the Mental Health Act 1983: an Approved Social Worker Perspective*, cit.

227 Seppur il *Code* esorti a non far conseguire il *recall* ad ogni infrazione delle condizioni: “[t]he responsible clinician should consider in each case whether recalling the patient to hospital is justified in all the circumstances. For example, it might be sufficient to monitor a patient who has failed to comply with a condition to attend for treatment, before deciding whether the lack of treatment means that recall is necessary” (MHA *Code of Practice*, par. 25.51).

228 MHA, s 20A (1).

229 MHA, s 17F e 17G.

230 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 91.

libertà personale possono essere applicate anche alle persone *mentally disordered* che siano accusate o condannate in relazione alla commissione di un reato. Si tratta di ricoveri disposti nell'ambito dei procedimenti penali, rispetto ai quali e norme del MHA devono essere coordinate con le relative previsioni di altri testi normativi, tra i quali in particolare il *Criminal Procedure (Insanity) Act*²³¹.

Non è in questa sede possibile affrontare con il dovuto grado di approfondimento il tema delle misure di sicurezza per gli autori di reato riconosciuti infermi di mente. Ne illustreremo dunque i tratti fondamentali, consapevoli della necessità di uno studio più approfondito del tema.

Prima di illustrare le modalità di limitazione della libertà dei *mentally disordered* nel corso di un procedimento penale disciplinate dal MHA, è opportuno segnalare alcune caratteristiche generali inerenti la condizione del *mentally disordered* nel sistema penale inglese. In Gran Bretagna – dove, come è noto, non esiste obbligatorietà dell'azione penale – il *prosecutor*, qualora ritenga vi siano prove idonee a giustificare un procedimento penale, deve compiere un previo giudizio circa la sussistenza di un *public interest* alla *prosecution*²³²: “[a] prosecution will usually take place unless the prosecutor is satisfied that there are public interest factors tending against prosecution which outweigh those tending in favour”²³³.

L'esito di questo giudizio dipende da una valutazione dei diversi interessi rilevanti: se pur la celebrazione del processo

231 *Criminal Procedure (Insanity) Act* 1964, come modificato in particolare dal *Criminal Procedure (Insanity) Act* 1991 e dal *Domestic Violence Crime and Victims Act* 2004.

232 Così il *Code for Crown Prosecutors* 2013: “In every case where there is sufficient evidence to justify a prosecution, prosecutors must go on to consider whether a prosecution is required in the public interest” (par. 4.7).

233 *Code for Crown Prosecutors*, par. 4.8.

potesse portare all'accertamento della responsabilità penale del soggetto indagato, infatti, alcune circostanze possono suggerire al *prosecutor* di rinunciare ad esercitare l'azione penale. Gli elementi che questi deve tenere in conto sono svariati²³⁴; in particolare interessa, qui, il criterio elaborato dal *Code for Crown Prosecutors* relativo al “grado di colpevolezza dell'indagato”. Il *Code* chiarisce infatti che il *prosecutor* deve tenere conto delle condizioni di salute, mentale o fisica (attuale o al momento del fatto), dell'indagato. Ove queste siano problematiche, infatti, “[it] may mean that it is less likely that a prosecution is required”²³⁵. Il *prosecutor*, in ogni caso, deve tenere conto di ulteriori aspetti, quali, ad esempio, “how serious the offence was, whether it is likely to be repeated and the need to safeguard the public or those providing care to such persons”. Altre circostanze possono dunque comportare la necessità di una *prosecution* nonostante l'infermità mentale dell'imputato.

Anche l'effetto negativo sulla salute mentale dell'indagato derivante dal procedere dell'azione penale deve essere tenuto in considerazione²³⁶: se il “probabile effetto” dell'azione penale sulla salute mentale del soggetto “superi gli interessi della giustizia nel caso di specie, il *prosecutor* dovrà valutare l'abbandono del procedimento”²³⁷. Anche le linee guida che regolano l'azione della polizia, coerentemente, prevedono che,

234 Il *Code for Crown Prosecutors*, par. 4.12 ss., ne indica diversi, specificando tuttavia che si tratta di un elenco non esaustivo.

235 *Ibidem*, par. 4.12 b).

236 Così indica la circolare del 1990 “*Home Office Circular 66/90 - Provision for Mentally Disordered Offenders*”, al par. 6.

237 Inoltre, *ivi*: “[w]here the form of mental disorder is present without there being any indication that proceedings will have an adverse effect, the Crown Prosecutor will take account of the public interest in attempting to ensure that the offence will not be repeated as well as having regard: to the welfare of the person in question”.

ove vi sia il sospetto che un soggetto “mentally disordered” abbia commesso un reato, gli agenti debbano valutare “whether any formal action by the police is necessary, particularly where it appears that prosecution is not required in the public interest in view of the nature of the offence”. In particolare, in alcuni casi l'interesse pubblico “potrebbe consistere nel sottrarre le persone mentalmente disturbate al sistema di giustizia penale, individuando alternative quali il ricovero in ospedale *ex s 2 o 3* del MHA, la sottoposizione a *guardianship*” o anche il mero “supporto informale da parte dei servizi sociali”²³⁸.

Una volta avviata la *prosecution*, la corte ha in primo luogo la possibilità di ordinare il ricovero coatto in ospedale dell'imputato perchè venga effettuato un *report* sulle sue condizioni mentali. Ciò è possibile nel caso in cui il reato di cui si tratta sia punibile con il carcere, e la corte abbia motivo di ritenere – sulla base di una prima valutazione medica – che questi soffra di un *mental disorder*²³⁹.

Il ricovero coatto dell'imputato in ospedale è possibile, inoltre, per gli imputati che si trovino “*in custody*” in attesa di giudizio, come alternativa alla custodia cautelare²⁴⁰. In questo caso *due* medici devono confermare che l'imputato soffra di un disturbo mentale “di natura o intensità tale da rendere opportuno il ricovero in ospedale *for treatment*”, e che un trattamento medico “sia [per lui] disponibile”²⁴¹.

238 *Ibidem*, par. 4.3.

239 Per ulteriori dettagli sul punto, v. MHA, s 35. Non è possibile somministrare trattamenti medici contro il consenso dei pazienti ricoverati a norma di questo articolo; l’“ostacolo” è tuttavia facilmente superabile dal momento che al personale sanitario ha la possibilità, sussistendone i presupposti, di sovrapporre al ricovero *ex s 35* un ricovero *ex s 2*, dunque *for assessment*, che ammette i trattamenti coatti: cfr. MHA *Code of Practice*, par. 33.28.

240 Per dettagli, v. MHA, s 36.

241 Per l'interpretazione di questi criteri ed alcune osservazioni in

Entrambe queste forme di ricovero (dette “*remands for report*” e “*for treatment*”) non possono durare più di ventotto giorni consecutivi, o di dodici settimane complessivamente. L'imputato può, inoltre, richiedere – a spese proprie – un *report* da parte di un medico indipendente al fine di richiedere alla corte la cessazione del ricovero²⁴².

L'esito finale del giudizio – in caso di disturbo mentale dell'imputato – può essere di assoluzione dello stesso per *insanity* al momento del fatto (“acquittals on grounds of insanity”²⁴³) o di *unfitness to plead*²⁴⁴. Quest'ultimo istituto è per certi aspetti simile all'incapacità di “partecipare coscientemente al processo” disciplinata dall'art. 70 c.p.p. italiano, ma se ne differenzia sotto diversi e rilevanti profili. In Gran Bretagna l'imputato è riconosciuto “unfit to plead” quando è colpito da una *disability* tale da costituire un ostacolo “to his being tried”²⁴⁵. Conseguenza del giudizio di *unfitness*

proposito, v. *supra*, sez. II, par. 1.3.

242 MHA, s 35 (7 e 8) e 36 (6 e 7).

243 *Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991*, s 1; nonchè *Trials of Lunatics Act 1883*, s 2: “Special verdict where accused found guilty, but insane at date of act or omission charged, and orders thereupon. Where in any indictment or information any act or omission is charged against any person as an offence, and it is given in evidence on the trial of such person for that offence that he was insane, so as not to be responsible, according to law, for his actions at the time when the act was done or omission made, then, if it appears to the jury before whom such person is tried that he did the act or made the omission charged, but was insane as aforesaid at the time when he did or made the same, the jury shall return a special verdict that the accused is not guilty by reason of insanity”.

244 *Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991*, s 4.

245 *Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991*, s 4 (1). La corte deve effettuare la valutazione tenendo conto delle dichiarazioni in merito di almeno due medici, e sempre che non giunga precedentemente ad un giudizio di assoluzione.

tuttavia non è la sospensione del processo: la corte procede in tal caso a giudicare se l'accusato abbia commesso l'azione o l'omissione imputatagli e, ove il giudizio sia negativo, pronuncerà sentenza di assoluzione. Altrimenti potrà disporre il ricovero in un ospedale o sottoporlo altre forme di sorveglianza, secondo le modalità che si vanno ora ad illustrare.

Il tipo di provvedimento tradizionalmente adottato in questi casi è denominato "hospital order"; la corte potrà emetterlo nel caso in cui l'imputato sia stato effettivamente condannato per la commissione di un fatto di reato punibile con il carcere²⁴⁶ ma anche, come anticipato, in caso di assoluzione per motivo di *insanity*²⁴⁷ o di giudizio di *unfitness to plead*²⁴⁸: "nei casi in cui (...) la corte avrebbe il potere, con la condanna (...), di disporre il ricovero in ospedale dell'imputato"²⁴⁹, può

246 Salvo che si tratti di reato la cui pena sia predeterminata dalla legge, come nel caso di *murder*. Cfr. MHA, s 37, e le linee guida emesse dal Ministero della Giustizia britannico "*Mental Health Act 2007: Guidance for the courts on remand and sentencing powers for mentally disordered offenders*", 2008, reperibili in www.justice.gov.uk, par. 14: ("[i]f a mentally disordered person is convicted of an offence[,] the court will wish to consider the suitability of non-penal disposals").

247 L'assoluzione motivata da *insanity* è disciplinata in diversi testi normativi, da coordinarsi tra loro e con le previsioni del MHA: cfr. in primo luogo il risalente *Trial Of Lunatics Act 1883*, s 2 (1), ed i più recenti *Criminal Procedure (Insanity) Act 1964* e *Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991*, tutti reperibili in www.legislation.gov.uk.

248 Il MHA, alla s 37 (2), specifica che gli *hospital orders* possono essere emessi non solo nei confronti dei soggetti "convicted", ma anche a chi, infermo di mente, sia stato ritenuto comunque autore del fatto di reato: s 37 (3). Analogamente, v. il *Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991*, s 5 ("Powers to deal with persons not guilty by reason of insanity or unfit to plead"), e le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit.

249 *Ex s 37 (1)*.

decidere di emettere tale ordine *senza* pronunciare sentenza di condanna, se lo ritiene opportuno ed “è convinta che l'imputato abbia commesso il fatto”²⁵⁰.

Tale provvedimento comporta il ricovero in ospedale²⁵¹ del soggetto interessato, o la sottoposizione dello stesso a *guardianship*. Presupposto è che due medici abbiano dichiarato che questi soffre di un *mental disorder* “di natura o intensità tale da rendere opportuno” il ricovero o la *guardianship*; inoltre la corte, “tenendo conto di tutte le circostanze del caso, tra cui la natura del reato commesso, della personalità ed i precedenti del condannato, della disponibilità di altre modalità di *dealing with him*”, deve ritenere che ciò costituisca il modo più adatto di gestire il caso²⁵².

In seguito all'emissione dell'*hospital order*, il soggetto esce dal circuito penale per assumere la medesima posizione di

250 MHA, s 37 (3). V. s 45 per la possibilità del ricorso contro una pronuncia della *magistrate's court* che non condanni l'imputato ma disponga nei suoi confronti un *hospital order*.

251 Generalmente non si tratta di un ospedale “qualsiasi”: i luoghi di ricovero cui vengono inviati gli individui soggetti a *hospital orders* o agli altri provvedimenti analoghi emessi dalle corti penali sono solamente quelli c.d. “ad alta sicurezza”. Cfr. le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit., che lo impongono per i soggetti ricoverati in seguito ad una condanna (“[i]n addition to the special hospitals (Ahworth (formerly Hoss Side and Park Lane Hospitals), Broadmoor and Rampton), which provide treatment in conditions of special security for persons with violent, dangerous, or criminal propensities, most regional health authorities provide a range of hospital facilities for the treatment of mentally disordered offenders, including secure units”, par. 14), e lo raccomandano “depending on the gravity of the alleged offence and the apparent risk to the public”, per chi sia stato ritenuto *unfit to plead* (par. 13).

252 MHA, s 37. Le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit., par. 5.22 ss., forniscono indicazioni più specifiche circa gli elementi da tenere in considerazione per la valutazione sul punto.

qualsiasi ricoverato (coatto) civile²⁵³. Pertanto, non è più compito delle autorità giudiziarie penali disporre le dimissioni del paziente, o modifiche nel suo trattamento (ad esempio, la decisione se concedergli un *leave of absence* o meno, e a quali condizioni): queste decisioni spetteranno alle autorità sanitarie²⁵⁴. Si è infatti chiarito, in giurisprudenza, che “once the offender is admitted to hospital pursuant to a hospital order (...) without restriction on discharge²⁵⁵, his position is almost exactly the same as if he were a civil patient. In effect he passes out of the penal system and into the hospital regime. Neither the Court nor the Secretary of State has any say in his disposal”²⁵⁶. L'*order* perde efficacia dopo sei mesi dalla sua emissione, ma può venire rinnovato dal *responsible clinician* secondo le regole generali poste dal MHA per i ricoveri coatti²⁵⁷.

Vi è, tuttavia, la possibilità per la corte di rendere questa misura molto più restrittiva attraverso l'emissione dei *restriction orders*²⁵⁸, che rendono il ricovero simile – quanto a scopo e caratteristiche – alla misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario prevista dall'ordinamento

253 MHA, s 40 (4): “[a] patient who is admitted to a hospital in pursuance of a hospital order, or placed under guardianship (...) shall, subject to the provisions of this subsection, be treated for the purposes of the provisions of this Act mentioned in Part I of Schedule 1 to this Act as if he had been admitted or placed on the date of the order in pursuance of an application for treatment or a guardianship application (...)”, con le specificazioni di cui alla *Part I* dello *Schedule 1* allegato al MHA. V. anche *infra*, in questo paragrafo.

254 E, nei casi previsti, alle autorità giudiziarie preposte al controllo del trattamento dei pazienti psichiatrici coatti, sulle quali v. *infra*, par. 9.

255 Sui *restriction orders* v. immediatamente *infra*.

256 *R v Birch* [1989] 11 Court of App. R.(S) 202, 210.

257 MHA, s 20 (1) e 40 (4). Si vedano anche le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit., p. 14.

258 MHA, s 41 ss.

italiano. I *restriction orders* possono essere disposti dalla corte²⁵⁹ ad integrazione dell'*hospital order*. nel caso in cui lo ritenga necessario “for protection of the public from serious harm”²⁶⁰.

L'emissione del *restriction order* comporta una serie di limitazioni tra le quali spicca, in primo luogo, l'impossibilità per le autorità sanitarie di disporre il *discharge* del paziente senza la previa autorizzazione del *Secretary of State for Justice*²⁶¹. Analoga previsione si ha per la concessione di un *leave of absence*²⁶² e per il trasferimento del paziente in un altro luogo di ricovero²⁶³.

Una volta disposta la *restriction*, dunque, il ricovero (o la diversa limitazione di libertà prevista) si converte in una misura “a durata indefinita”²⁶⁴: durerà sinché il *Secretary of State* o il *First-tier Tribunal*²⁶⁵ non ne disporrà la cessazione non

259 Dalla *Crown Court* (ex s 41) in primo luogo; la *magistrate's court*, se ritiene opportuno tale *order*, può solamente trasmettere il caso alla *Crown Court* perchè prenda una decisione in proposito, secondo quanto stabilito in MHA, s 43.

260 Tenuto conto “della natura del reato, dei precedenti dell'autore dello stesso e del rischio di recidiva”: MHA, s 41 (1).

261 Si tratta dell'analogo del Ministero della Giustizia italiano. La norma del MHA che disciplina il *discharge* dal *restriction orders* (s 42) attribuisce il potere al “*Secretary of State*” senza ulteriori specificazioni; le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit. (par. 5.9) chiariscono che si tratta appunto del *Secretary of State for Justice*.

262 Nel caso in cui sia autorizzata la concessione di un *leave*, il *Secretary of State* può in ogni momento esercitare il potere di *recall*.

263 Per la disciplina dettagliata dei *restriction orders* si v. MHA, s 41 ss.

264 Cfr. le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit., par. 5.11.

265 Ex MHA, s 73. Il *First-tier Tribunal* è il tribunale al quale il MHA attribuisce la giurisdizione sulla legittimità dei ricoveri e delle restrizioni alla libertà dei pazienti; del sistema di tutela giurisdizionale

ritenendola più “required for the protection of the public from serious harm”²⁶⁶. Mentre prima della recente riforma²⁶⁷ era possibile per la corte emettere dei *restriction orders* la cui durata fosse predeterminata, ora questa possibilità è stata rimossa²⁶⁸.

Ove la corte non abbia (ancora) accertato l'effettiva appropriatezza del ricovero per il condannato, ma “ritenga che vi sia ragione di supporre che il *mental disorder* di cui [questi] soffre sia tale per cui potrebbe essere opportuno disporre un *hospital order*”, può comunque emettere un “interim hospital order”, ossia il ricovero “provvisorio” del condannato, per un tempo che non può superare le dodici settimane, rinnovabili per ulteriori periodi di ventotto giorni²⁶⁹.

Una diversa modalità attraverso cui la corte, all'esito di un procedimento penale, può disporre il ricovero in un reparto psichiatrico, è stata introdotta dal *Crime (sentences) Act 1997*. A norma della s 45A la corte può infatti disporre, nel condannare un soggetto per un reato per cui è prevista la pena del carcere, che questi – se affetto da un *mental disorder* tale da “rendere opportuno il ricovero”²⁷⁰ – sia ricoverato in ospedale

dei pazienti psichiatrici si tratterà *infra*, par. 3.11. Per cenni sul meccanismo di controllo giurisdizionale sui ricoveri disposti nel corso di procedimenti penali v. *infra*, in questa sezione, par. 9.2.

266 MHA, s 42. Il *Secretary of State* può altresì concedere “conditional discharges” al paziente “restricted”, riservandosi il potere di richiamarlo in ospedale.

267 Il riferimento è alla riforma del MHA approvata nel 2007, sulla quale v. *supra*, sez. I, par. 2.1.

268 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's guide*, cit., p. 137.

269 MHA, s 38.

270 Secondo la dichiarazione di due medici, dei quali almeno uno deve essere sentito oralmente dalla corte: MHA, s 45A (2 e 4). In origine questo *order* poteva essere disposto solamente nei confronti dei soggetti ai quali fosse stato diagnosticato uno *psychopathic disorder*. È stato esteso a qualsiasi tipo di *mental disorder* a partire dalla riforma

per ricevere trattamenti psichiatrici, prima di scontare la condanna. Questa misura, denominata *hospital and limitation direction* (HLD), è ritenuta una misura “ibrida”, che permette ai giudici di disporre il ricovero del paziente senza perciò impedire la condanna dello stesso al carcere²⁷¹: “[w]ith the HLD, a judge does not face the dilemma of whether to divert an offender with mental disorder to hospital for treatment, or send them to prison. Rather, the HLD enables a convergence of choice (...) deliberately combining treatment with punishment”²⁷². Il tempo trascorso in ricovero coatto verrà detratto dal periodo di pena inflitto²⁷³.

Al ricovero in regime di HDL si applicano le stesse limitazioni previste per i *restriction orders* illustrati *supra* per gli *hospital orders*. La differenza più significativa tra HLD e *hospital orders* è che, nel primo caso, una volta cessata la necessità del ricovero in ospedale, il condannato non sarà semplicemente dimesso, ma condotto in carcere dove sconterà la pena inflittagli²⁷⁴. Analogamente, il *First-tier Tribunal* potrà emettere una pronuncia per porre termine al ricovero²⁷⁵, ma alla dimissione seguirà l'ingresso in carcere per scontare la porzione di pena residua.

del 2007.

271 Cfr. Max Rutherford, *Blurring the Boundaries. The convergence of mental health and criminal justice policy, legislation, systems and practice*, Londra 2010, documento disponibile online all'indirizzo www.scmh.org.uk, per chiarimenti su natura e caratteristiche dell'istituto, e la *Reference Guide to the Mental Health Act 1983*, Department of Health 2008, p. 57. *Ivi*, p. 32 ss, per l'illustrazione del percorso legislativo che ha portato all'introduzione di questa misura e ad interessanti osservazioni sulla stessa.

272 *Ivi*, p. 33.

273 Max Rutherford, *Blurring the Boundaries*, cit., p. 35.

274 *Ivi*, p. 34. Cfr. anche Bowen P., *The Blackstone's guide*, cit., p. 137.

275 Sul punto, v. *infra*, in questa sezione, par. 9.

La durata dell'HLD segue le stesse regole previste per gli *interim orders*²⁷⁶: può dunque essere disposta per un periodo non superiore a dodici settimane, rinnovabile per ulteriori periodi di ventotto giorni ciascuno. In ogni caso, una volta raggiunto il “fine pena” (“patient's release date”) il paziente, se ancora ricoverato, cesserà di essere soggetto al *limitation order*: dunque potrà essere dimesso senza la necessità di autorizzazione del *Secretary of State*. Il ricovero coatto *for treatment* potrà tuttavia proseguire comunque, regolato dalle norme poste dal MHA per i ricoveri “civili”²⁷⁷.

Le statistiche mostrano un utilizzo ridotto dell'HDL da parte dei tribunali²⁷⁸; tuttavia la misura è stata oggetto di forti critiche da parte di commentatori ed operatori del settore, sotto diversi aspetti.

Particolare apprensione suscita il ruolo assegnato agli psichiatri nel processo di emissione degli HDL, rispetto al quale si sostiene che “[t]he existence of these orders is likely further to enhance the ethical dilemma faced by psychiatrists when making pre-sentence assessment reports”²⁷⁹; più che mitigare la condanna trasferendo l'autore del reato dal circuito penale a

276 Ossia per un tempo che non può superare le dodici settimane, rinnovabili per ulteriori periodi di ventotto giorni: MHA, s 45A(8) e 38 (5). Sugli *interim orders v. supra*, in questo paragrafo.

277 *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit., par. 5.30.

278 Gli HDL emessi *ex novo* ogni anno sono nell'ordine di due-quattro unità (bisogna però tenere conto del periodo di riferimento dei dati statistici disponibili, che giunge solo fino all'anno 2009: i dati non tengono dunque conto del potenziale incremento dovuto all'estensione dell'applicabilità degli HDL a qualsiasi genere di *mental disorder*, conseguente alla riforma approvata nel 2007.V. Max Rutherford, *Blurring the Boundaries*, cit., p. 33.

279 Peay, J., *Surviving psychiatry in an era of 'popular punitiveness'*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 2000, 101, p. 75. Cfr. *ivi* per ulteriori interessanti riflessioni sull'attuale ruolo degli psichiatri nel *sentencing*.

quello terapeutico gli psichiatri avrebbero sempre più la funzione, “forse inconsapevole”, di aggravarne la severità²⁸⁰.

La misura, inoltre, è da alcuni ritenuta in sé anti-terapeutica²⁸¹, oltre che eccessivamente gravosa per le finanze dello Stato in caso di frequente applicazione, alla quale i giudici potrebbero essere spinti dalla possibilità di sostituire i “tradizionali” *hospital orders* con gli HDL, che sarebbero una soluzione più “risk-averse”²⁸². Si tratterebbe in sostanza di una “easy option” che permetterebbe ai giudici di rischiare il meno possibile; secondo alcuni tuttavia in assenza di un effettivo beneficio in termini di sicurezza pubblica: “I suggest that that would not be protecting the public; it would simply mean more people in prison, even though those individuals were mentally disturbed at the time of the offence and when the sentence was imposed upon them”²⁸³. E' stato fatto notare, inoltre, che rimandare in carcere per diversi anni un soggetto che è stato ricoverato e trattato “con successo” costituisce una interruzione della *continuity of care*, a scapito anche della sicurezza pubblica, facendo venir meno i benefici del trattamento: una volta fuori dal carcere il paziente “potrebbe essere (...) più pericoloso di quanto sarebbe stato se dimesso dall'ospedale (...) e mantenuto sotto una qualche forma di supervisione”²⁸⁴. I vantaggi, come già accennato, sono invece individuati nella

280 *Ivi*, p. 72.

281 Per il contenuto coercitivo che rende impossibile la cooperazione del paziente al trattamento, requisito fondamentale del buon esito della terapia, portando il medico a svolgere il ruolo del “carceriere” (Eastman, N., *Hybrid orders: an analysis of their likely effects on sentencing practice and on forensic psychiatric practice and services*, in *The Journal of Forensic Psychiatry*, 1996, p. 488).

282 Max Rutherford, *Blurring the Boundaries*, cit., p. 42.

283 Sono le parole di Lord Dubs, pronunciate nel dibattito sul *Crime (Sentences) Bill* in seno alla *House of Lords*, reperibili in *House of Lords Hansard text*, 27 January 1997, Column 1048.

284 *Ibidem*.

maggiore flessibilità della misura rispetto alla tradizionale dicotomia “carcere-*hospital order*” e in una maggior tutela dei terzi²⁸⁵.

I soggetti sottoposti a *hospital and limitation directions* sono in una posizione molto simile a quella dei condannati a pena detentiva che vengono trasferiti in ospedale psichiatrico dal carcere²⁸⁶. I trasferimenti vengono disposti da parte del *Secretary of State*, che emette una “transfer direction”, sulla base dell'opinione di due medici che certifichino il *mental disorder*, se lo ritiene opportuno “having regard to the public interest and all the circumstances”; anche le “transfer directions” possono essere oggetto di *restriction orders*²⁸⁷.

Per concludere sul punto, va segnalata l'esistenza, in Gran Bretagna, del *Dangerous and Severe Personality Disorder Programme*. Operativo a partire dal 2005²⁸⁸, si tratta di un programma per la “gestione” di individui che presentino un alto rischio di commettere gravi reati di natura violenta e/o sessuale in conseguenza di un grave disturbo di personalità²⁸⁹: al quale viene ammesso chi sia “more likely than not to commit an offence that might be expected to lead to serious physical or psychological harm from which the victim would find it

285 Max Rutherford, *Blurring the Boundaries*, cit., p. 43. Per un'indagine circa le reazioni dei medici psichiatri all'introduzione di una misura analoga in Scozia, v. Rajan Darjee, John Crichton e Lindsay Thomson, *Crime and Punishment (Scotland) Act 1997: a survey of psychiatrists' views concerning the Scottish 'hybrid order'*, in *The Journal of Forensic Psychiatry*, vol. 11, 3, 2000, pp. 608 ss.

286 MHA, s 47 ss.

287 In questo caso chiamate “restriction directions”: MHA, s 49. Per le limitazioni al regime di controllo giurisdizionale cui queste misure sono soggette in caso di *restriction*, cfr. *infra*, in questa sezione, par. 9.2..

288 Cfr. la nota “*About DSPD Programme*”, 4 maggio 2012, disponibile all'indirizzo www.personalitydisorder.org.uk.

289 Max Rutherford, *Blurring the Boundaries*, cit., p. 46.

difficult or impossible to recover”, quando soffra di un grave disturbo di personalità e vi sia un nesso tra tale disturbo e il rischio di commettere i reati²⁹⁰.

L'iniziativa del Governo inglese nel proporre ed attuare il programma (rimasto però sempre a livello regolamentare, nonostante diversi tentativi governativi di attribuirgli “rango legislativo”) prende le mosse dall'assunto per cui vi è “un piccolo gruppo di persone gravemente disturbate” che rappresenta un grave rischio per la popolazione. Nonostante la maggior parte di loro si trovino “in prison or in secure hospitals”, per questi individui la legge, al momento, non sarebbe sufficiente “per proteggere il pubblico dal pericolo che essi rappresentano” perchè “in many cases they have to be allowed to return to the community even though they remain dangerous”²⁹¹. In origine, il Governo aveva proposto l'approvazione di una legge volta a permettere la detenzione a tempo indeterminato di coloro ritenuti “dangerous” e “severely personality disordered people”, in base al rischio posto dal soggetto ed ai suoi “bisogni terapeutici”, a prescindere dalla condanna per la commissione di alcun reato²⁹². Le forti critiche

290 Così il documento del *Ministry of Justice* e del *Department of Health* intitolato “*Dangerous and Severe Personality Disorder (DSPD) high secure services for men – Planning and delivery guide*”, reperibile all'indirizzo www.personalitydisorder.org.uk, p. 8.

291 Home Office 1999, *Managing Dangerous People with Severe Personality Disorder: Proposals for policy development*, p. 3.

292 Così riassume la proposta governativa il quarto report dell'*House of Commons Select Committee on Health*, 13 luglio 2000 (reperibile all'indirizzo <http://www.publications.parliament.uk>), al par. 152: “[t]he first option (“Option A”) proposed the development of existing systems within prisons and hospitals, including extending the use of discretionary life sentences to ensure that people convicted of serious crimes would not be released if considered still dangerous, and amending the 1983 Act in order to remove the “treatability” requirement for “dangerous severely personality disordered” (DSPD)

avanzate da parte degli operatori sanitari e legali hanno evitato l'approvazione di tale proposta: nei fatti, è stato osservato, la “government's philosophy” alla base del programma avrebbe l'obiettivo di aprire la strada alla detenzione (anche) preventiva, scollegata da una previa condanna penale²⁹³.

Il programma è stato dunque attuato in “forma ridotta”, introducendo una serie di misure operative che, nel rispetto del quadro legislativo esistente²⁹⁴, potenziassero i trattamenti psichiatrici forniti ed il controllo dei pazienti inseriti nel programma (attraverso anche l'aumento del numero di posti letto presso ospedali e carceri di alta sicurezza)²⁹⁵.

Anche in questa forma, il *Dangerous and Severe*

people. The second option ("Option B") proposed the construction of a whole new legal framework to allow DSPD individuals to be detained on the basis of their diagnosis and an assessment of the danger they presented to the public, and to be held in new facilities separate from both the prison and hospital systems”.

293 Cfr. Eastman P., *Public health psychiatry or crime prevention?*, in *British Medical Journal*, 1999, p. 549 e Mullen, P., *Dangerous people with severe personality disorder: British proposals for managing them are glaringly wrong – and unethical*, in *British Medical Journal*, 1999, 319, 1146–1147.

294 Il Governo, in ogni caso, sembra non voler rinunciare all'intento di modificarlo nel senso indicato: “Pilot DSPD services are operating within the ambit of current mental health and criminal justice legislation. It is however an evolving picture. (...) We will keep under review how the treatment and management of dangerous offenders can be helped by changes in the law” (*Dangerous and Severe Personality Disorder (DSPD) high secure services for men – Planning and delivery guide*”, cit., p. 2).

295 Si tratta di 300 *high secure places* per uomini e 75 *medium and community places* per donne: cfr. il documento “*Dangerous and Severe Personality Disorder (DSPD) high secure services for men – Planning and delivery guide*”, cit. La durata massima del ricovero nell'ambito del programma è di cinque anni: *ivi*, p. 17. V. anche la nota “*About DSPD Programme*”, cit.

Personality Disorder Programme è stato, ed è tuttora, oggetto di forti critiche, che investono diversi aspetti²⁹⁶: in particolare ne è contestata l'idea di fondo – la correlazione tra disturbi della personalità e pericolosità sociale –, che risulta “*extremely tenuous and poorly researched*”. Si è in questo senso fatto notare che “la maggior parte delle persone diagnosticate con un *severe personality disorder* non sono pericolose, e la maggior parte delle persone che sono pericolose nel senso utilizzato dal Governo non soffrono di alcun *personality disorder*”²⁹⁷. Altro problema riguarda la difficoltà di diagnosi di *Dangerous and Severe Personality Disorder* (DSPD), presupposto per l'applicazione del programma, che in sé non è chiaramente definita. L'espressione “*severe personality disorder*” non corrisponde ad una “*clinical definition*”, così come la gravità del *personality disorder* non risulta correlata alla pericolosità del soggetto²⁹⁸. Tale tipo di disturbo di personalità, del resto, anche se esistente sarebbe comunque di difficile accertamento: “if 'innocent' people with DSPD are to be deprived of their liberty by the state, then the diagnosis of DSPD must be absolutely certain, and therein lies a problem – there does not exist a clear definition of what constitutes severe personality disorder. The characteristics of DSPD, according to the DSM-III SCID-II criteria, are highly subjective on the part of the person making the diagnosis (...) (the diagnosis appears to be

296 Le critiche avanzate al programma sono molte; riportiamo in questa sede solo alcune di esse. Per un quadro complessivo cfr. Max Rutherford, *Blurring the Boundaries*, cit., p. 49 ss.

297 Così Shooter M., rappresentante del *Royal College of Psychiatrists*, in una testimonianza resa davanti all'*House of Commons Select Committee on Health* il 13 luglio 2000, riportata nel quarto report del comitato, cit., par. 154.

298 Così l'*Institute of Psychiatry* all'*House of Commons Select Committee on Health*; quarto report del comitato, cit., par. 154.

only 60% accurate)”,²⁹⁹.

Inoltre, quand'anche la categoria dei *Dangerous and Severe Personality Disorder* esistesse e fosse diagnosticabile, anche il giudizio circa la pericolosità del soggetto sarebbe, comunque, estremamente difficoltoso³⁰⁰.

4. Le figure di supporto e rappresentanza del paziente.

4.1. Il ruolo del *nearest relative*.

Il *nearest relative*, cui si è già accennato in più occasioni, riveste un ruolo piuttosto importante. Egli, infatti, ha diversi diritti e facoltà in relazione al paziente. Il *nearest relative* può, in primo luogo, sollecitare il ricovero del paziente *ex s* 2, 3 e 4 del MHA (per valutazione, per trattamento e “di emergenza”); può anche, specularmente, “porre il veto” sul ricovero del paziente *ex s* 3 o sulla *guardianship*, impedendone l'applicazione. Può richiedere che il paziente sia rilasciato dal ricovero *ex s* 2 e 3³⁰¹ e che cessi la *guardianship*, ed ha il diritto

299 White S.M., *Preventive detention must be resisted by the medical profession*, in *J Med Ethics* 2002, 28, pp. 95 ss.

300 E' stato ad esempio calcolato che per prevenire un solo atto violento, sarebbe necessaria la detenzione (o il ricovero coatto) a tempo indeterminato di sei persone: Buchanan, A. & Leese, M., *Detention of people with dangerous severe personality disorders: a systematic review*, *The Lancet*, 358, 8 dicembre 2001, pp. 1955 ss.

301 MHA, *s* 25. Il *responsible clinician* può opporsi al rilascio del paziente richiesto dal *nearest relative* ove ritenga che se il paziente fosse liberato, agirebbe probabilmente in maniera pericolosa per altre persone o per se stesso. In questo caso il *nearest relative* potrà adire il Tribunale: cfr. *infra*, in questa sezione, par. 9.

di essere informato circa le *applications* proposte dall'AMHP. Ha, infine, il potere di adire il Tribunale per contestare alcune decisioni relative al paziente³⁰².

Prima delle recenti modifiche, il *nearest relative* era scelto da una lista di familiari del paziente³⁰³, che andava dal coniuge³⁰⁴ ai nipoti – dando la priorità ai soggetti con lui conviventi – ed il paziente non aveva alcuna possibilità di impugnare la scelta né di chiedere la sostituzione della persona che rivestiva tale ruolo. A tal fine potevano adire l'autorità giudiziaria solo gli altri parenti (o conviventi) del paziente e l'AMHP³⁰⁵.

I motivi per i quali il *nearest relative* poteva venire sostituito da un altro soggetto, su ordine del Tribunale, erano tra gli altri la sua incapacità “di agire come tale a causa di disturbo mentale o di altra malattia”; che questi “irragionevolmente si opponga alla proposta di ricovero trattamentale o di *guardianship*”; o che abbia “esercitato il suo potere di far cessare il ricovero del paziente senza il dovuto riguardo al benessere del paziente o agli interessi pubblici”.

La disciplina relativa al *nearest relative* era stata dichiarata in contrasto con l'art. 8 Cedu³⁰⁶ – che impone il

302 MHA, s 66. Il meccanismo di ricorso al Tribunale per l'applicazione del MHA sarà esposto *infra*, par. 9.

303 MHA, s 26.

304 E le persone che come tali convivano pur non essendo sposate.

305 MHA, s 29.

306 Diritto al rispetto della vita privata e familiare. “1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

rispetto della “vita privata e familiare” – sia nel corso di procedure davanti alla Corte di Strasburgo³⁰⁷ che da sentenze nazionali³⁰⁸, che avevano condannato in particolare l'impossibilità per il paziente di opporsi all'assegnazione di un *nearest relative* che sentiva inadatto.

Per porre fine al contrasto con la normativa europea, nel 2007 sono state dunque apportate delle modifiche alla disciplina. E' stata in primo luogo ampliata la lista delle figure che possono ricoprire il ruolo di *nearest relative*, inserendovi anche i “civil partners” (e le persone che come tali convivano pur non essendo formalmente registrate), che possono essere anche dello stesso sesso. La novità più significativa è però l'attribuzione anche al paziente della facoltà di opporsi alle decisioni in merito al *nearest relative*, per i motivi indicati *supra*. A tali motivi è stata aggiunta la circostanza che l'attuale *nearest relative* “sia per un diverso motivo una persona inadatta ad agire come tale”³⁰⁹.

4.2. Informare il paziente dei suoi diritti: l'*Independent Mental Health Advocate*.

L'*Independent Mental Health Advocate* (IMHA) è una figura introdotta nel 2007 per fornire un supporto alle categorie di pazienti più “vulnerabili”: pazienti ricoverati coattivamente, soggetti a *guardianship* o a *Independent Mental Health Advocate*³¹⁰.

307 C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 30 marzo 2000, *JT c. Regno Unito*, ric. n. 26494/95.

308 *R (M) v Secretary of State for Health*, [2003] 1 MHLR 348.

309 In questo caso, e nel caso in cui egli sia destituito a causa della sua opposizione ricovero del paziente, il *nearest relative* può adire il Tribunale.

310 Per l'elenco completo delle categorie di pazienti aventi diritto al

L'*Independent Mental Health Advocate* è un avvocato specificamente formato per lavorare nel contesto del *Mental Health Act*; suo obiettivo è quello di aiutare i pazienti conoscere (e comprendere) i diritti loro attribuiti dal MHA, e quelli che altre persone hanno su di loro; quali siano i motivi (e la base legale) posti a fondamento della loro detenzione; a conoscere e comprendere particolari restrizioni e trattamenti medici impostigli, il loro motivo e le tutele disponibili. L'*Independent Mental Health Advocate* ha, inoltre, la funzione di aiutare i pazienti ad esercitare i diritti loro attribuiti³¹¹.

Per rendere effettiva la funzione dell'*Independent Mental Health Advocate*, il MHA gli attribuisce diversi specifici poteri: in particolare, egli ha potere di accedere ai documenti medici relativi al paziente, a visitare i luoghi in cui questi si trova; può incontrare il paziente in privato (anche la corrispondenza tra paziente e *Independent Mental Health Advocate* non può essere trattenuta dai responsabili del trattamento, diversamente da quanto previsto per la corrispondenza dei *compulsory patients* in generale³¹²); può richiedere informazioni a tutti i professionisti coinvolti nella pianificazione e somministrazione del trattamento medico del paziente³¹³.

Il ruolo dell'*Independent Mental Health Advocate* potrebbe, a prima vista, apparire non particolarmente

servizio di IMHA v. MHA, s 130B (1) e (2).

311 MHA, s 130B e *Code of Practice*, par. 20.8 ss.

312 Cfr. MHA, s 134 ed *infra*, in questa sezione, par. 8.

313 Le informazioni date dal personale sanitario all'IMHA sono comunque soggette alla disciplina della privacy: se non vi è il consenso espresso del paziente ad una completa *disclosure*, il medico dovrà astenersi dal fornire una parte delle informazioni alla luce della normativa sulla *privacy*. Nel caso in cui il paziente sia incapace, il medico dovrà fornire all'IMHA solamente le informazioni che a suo parere siano effettivamente rilevanti per lo svolgimento della funzione di supporto al paziente, e ne sia opportuna la *disclosure*: cfr. MHA, s 130B (4)(b).

significativo, dato che le informazioni circa i diritti e i doveri di medici e pazienti sono stabiliti da una legge, che come ogni testo normativo è (o dovrebbe essere) di libero accesso al pubblico. Tuttavia, considerando quale sia la quotidiana realtà dei reparti psichiatrici, che siano inglesi o italiani, e dei loro utenti, è facile accorgersi come si tratti di un servizio di grandissima importanza.

Normalmente, infatti, un paziente psichiatrico, ricoverato coattivamente, magari con procedura d'emergenza, non avrà coscienza di quali siano i suoi diritti: a quali regole e aspetti del trattamento, ad esempio, è tenuto ad attenersi, rispetto a quali invece ha la possibilità di obiettare, oppure della possibilità di adire un organo giurisdizionale affinché si esprima sulla legittimità del suo ricovero (e delle concrete modalità di presentare e portare avanti un ricorso a tal fine). Si tratta di informazioni per lo più sconosciute ai “non addetti ai lavori”, anche del tutto sani di mente (ed anzi, talvolta sconosciute agli stessi “addetti ai lavori”³¹⁴); facile immaginare come tali nozioni possano sfuggire ad un soggetto mentalmente disturbato, o presunto tale, che si trovi in una situazione fonte di grande stress emotivo quale quella di vedersi ricoverato contro la sua volontà in un reparto psichiatrico e trattato con psicofarmaci. Anche per la grande maggioranza dei pazienti consenzienti, del resto, al momento di entrare in una struttura medica – non necessariamente psichiatrica – è frequente provare una sensazione di soggezione o spaesamento, data dall'essere inseriti in un “sistema” al quale si è estranei, ed affidati a professionisti detentori di un sapere specializzato dal quale può dipendere la propria salute e del quale – di regola – si ignorano i fondamenti. Come nota il *Joint Committee on*

314

Cfr. il report ufficiale della *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit.

Human Rights: “mental health patients are a particularly vulnerable group. Their dignity and autonomy, and their related human rights including their liberty and physical integrity, are specifically threatened by a regime of compulsory assessment, treatment and detention. Compared with most other people, they are less likely to be able to take action to protect their own rights. Because of this, they therefore depend heavily on other people to provide proper safeguards, and on legislation to ensure that those safeguards will be in place”³¹⁵.

Alla luce di questo, ci si deve chiedere che senso può avere il prevedere un sistema di tutele, anche giurisdizionali, di cui il soggetto che dovrebbe trarne giovamento ignora l'esistenza. Per comprendere appieno la serietà della situazione, bisogna ricordare che il meccanismo della tutela giurisdizionale, pur prevista, non “si attiva” automaticamente, ossia non vi è alcun giudice che, almeno nell'immediato³¹⁶, controlla la legittimità di ciascun ricovero coatto, se non richiesto dal paziente o da altri, come invece previsto per i TSO italiani.

Il ruolo dell'*Independent Mental Health Advocate* è dunque molto importante per rendere effettiva, e non solo teorica, la tutela di una categoria vulnerabile come quella dei pazienti psichiatrici. Per tale motivo l'implementazione del servizio di IMHA è stata attentamente monitorata dalla *Care Quality Commission*³¹⁷; nei suoi *report*, l'ente ha rilevato come le autorità sanitarie, che ne avrebbero l'obbligo, non sempre informano i pazienti della possibilità di chiedere l'assistenza

315 *Joint Committee on Human Rights, 25th Report, Draft Mental Health Bill 2004*, p. 1.

316 Vi è un controllo automatico della legittimità del ricovero solo dopo almeno sei mesi dall'inizio dello stesso. Sul punto v. *infra*, in questa sezione, par. 9.1.

317 Sulla quale v. *infra*, in questa sezione, par. 5.2.

dell' *Independent Mental Health Advocate*³¹⁸: tale mancanza di informazioni priva in molti casi i pazienti dell'effettivo accesso a tutte le ulteriori norme poste a loro tutela, ed è per questo che la stessa *Commission*, nel report appena citato, esprime preoccupazione per le mancanze nell'attuazione del servizio, ed esorta le autorità a lavorare affinché sia effettivamente assicurato l'accesso dei pazienti a questo servizio³¹⁹.

5. I pazienti psichiatrici volontari.

Com'è naturale, data la distinzione tra malattia mentale e capacità, è possibile che un soggetto decida volontariamente di sottoporsi a un trattamento psichiatrico ed acconsenta ai trattamenti propostigli.

Questa è, anzi, la modalità di ricovero psichiatrico che deve essere preferita: il ricovero e la cura coatti costituiscono *extrema ratio*³²⁰, da attuarsi solo quando i criteri *ex lege* sono soddisfatti e non vi è consenso da parte del soggetto, o tale consenso non viene ritenuto credibile³²¹.

5.1. Il “ricovero volontario” dei pazienti incapaci.

Nell'ambito dei ricoveri volontari vi è un caso molto particolare: quello dei pazienti incapaci di consentire ai

318 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, reperibile all'indirizzo www.cqc.org.uk, p. 19: “(...) one patient in five was not informed of their right to an Independent Mental Health Advocate. (...) There was no evidence of an IMHA service in one in seven of the wards CQC visited”.

319 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit. pp. 25 e 27.

320 Cfr. *MHA Code of Practice*, par. 4.9.

321 *MHA Code of Practice*. par. 4.10 ss.

trattamenti. Essi, infatti, sono soggetti alla disciplina prevista dal *Mental Capacity Act*, della quale si sono illustrati i principi fondamentali (e che sarà approfondita *infra*). Essa prevede che chi non ha la capacità di acconsentire ad un trattamento sanitario di qualsiasi tipo (sia perché assolutamente impossibilitato a farlo – ad esempio perché in stato di incoscienza causato da coma – sia perché semplicemente ritenuto incapace a causa di un disturbo mentale) possa comunque esservi sottoposto se ciò è ritenuto dai medici nel suo *best interest*. Il MCA, inoltre, prevede una serie di specifiche garanzie per il caso in cui il trattamento cui il paziente deve essere sottoposto implichi una vera e propria “privazione di libertà”³²².

Ci si domanda, dunque, se un incapace³²³ può venir ricoverato e trattato psichiatricamente “senza passare” per gli accertamenti e le procedure previste dal MHA. La risposta non è semplice. A dare indicazioni in merito provvede il *Code of Practice* del MHA, il quale chiarisce che, nel caso di paziente incapace, il trattamento psichiatrico non deve necessariamente essere somministrato nel quadro del MHA, nemmeno se implica una privazione di libertà: può essere sufficiente il MCA³²⁴. Il MHA deve essere necessariamente usato solamente quando non sia possibile applicare il *Mental Capacity Act*³²⁵ (ad esempio perché vi è una *advance decision* che impedisce di somministrare il trattamento nel quadro del MCA, o perché il trattamento proposto non può dirsi effettuato nel *best interest*

322 I criteri per accertare il *best interest* del paziente, le procedure ed i casi in cui è opportuno l'intervento dell'autorità giudiziaria e le garanzie in caso di *deprivation of liberty* saranno esposti *infra*, par. 4.

323 Utilizziamo questa espressione generica per semplicità; bisogna però ricordare che l'incapacità non va mai accertata “una volta per tutte”, ma in relazione alle singole decisioni da prendersi.

324 MHA *Code of Practice*, par. 4.15.

325 MHA *Code of Practice*, par. 4.16.

del paziente – può infatti essere richiesto per il timore che il disturbo mentale del paziente comporti dei rischi per terze persone, e non per il paziente stesso), o quando il *deputy*, l'*attorney* nominato dal paziente in una *advance decision* o la stessa *Court of Protection*³²⁶ siano comunque contrari alla somministrazione del trattamento.

Il fatto che il paziente, pur giuridicamente incapace, di fatto si opponga al ricovero o al trattamento, ha una certa, seppur limitata, rilevanza: impedisce infatti l'utilizzo del MCA – richiedendo dunque che il trattamento coattivo sia somministrato con l'attivazione delle garanzie previste dal MHA; ciò però *solamente* se non vi è il consenso da parte di un *attorney* o di un *deputy*³²⁷ nonostante l'opposizione del paziente.

5.2. La percezione soggettiva e la reale obbligatorietà del ricovero: le osservazioni della *Care Quality Commission*.

La *Mental Health Act Commission* (a partire dal 2009 divenuta parte della *Care Quality Commission*³²⁸) è stata istituita con il MHA 1983³²⁹, principalmente allo scopo di monitorare l'esercizio del potere detentivo da parte delle autorità sanitarie³³⁰. A tal fine i membri della Commissione hanno la facoltà di richiedere informazioni e visitare in privato qualsiasi paziente e di esaminare qualsiasi documento riguardante il trattamento dei pazienti. Il risultato di questa

326 MHA *Code of Practice*, par. 4.18. Il ruolo di queste diverse figure sarà illustrato *infra*, sez. III, par. 4.

327 MHA *Code of Practice*, par. 4.18.

328 Ente che accorpa in sé diversi organismi per la regolamentazione di servizi sociali e sanitari (CQC).

329 MHA, s 121.

330 La Commissione svolge alcune altre funzioni, che saranno di volta in volta citate nell'approfondire gli argomenti cui attengono.

attività di indagine e monitoraggio è reso pubblico tramite un *report* presentato al Parlamento ogni due anni. Questi *report* rivestono un grande interesse: la vita all'interno di un reparto psichiatrico costituisce, di regola, un mondo poco conosciuto, ed è – forse anche per questo motivo – talvolta teatro di trascuratezze o veri e propri maltrattamenti da parte del personale nei confronti dei pazienti. Grazie ai poteri “ispettivi” dei membri della Commissione³³¹, le informazioni raccolte vanno a illuminare i fatti e la loro rispondenza alle norme che questi fatti dovrebbero regolare. Esse sono dunque preziose: la loro rielaborazione all'interno del *report* evidenzia carenze e buone pratiche, suggerendo i cambiamenti auspicabili ed invitando le autorità ad intervenire per migliorare disciplina e prassi.

Particolarmente significativa, in quest'ottica, mi è

331 Nell'ultimo *report* pubblicato, relativo al periodo 2011/2012, la *Care Quality Commission* così descrive le attività di indagine svolte: “visits are made by Mental Health Act (MHA) Commissioners. As well as meeting with detained patients and talking to staff, MHA Commissioners carry out specific checks on patient documents, the ward environment, and staffing and patient numbers. In 2011/12 MHA Commissioners visited 1,546 wards. (...) Of these visits, 811 were unannounced, and 95 took place at weekends. In this way MHA Commissioners can meet with patients and see places of detention without giving detaining authorities notice of their arrival, or see conditions of detention outside normal working hours. During 2011/12 CQC continued its programme of visiting every psychiatric ward in England (where patients are detained) at least once in an 18-month cycle”. L'attenzione dei commissari durante le visite è focalizzata in primo luogo nell'incontrare “in private (...) detained patients, so that patients can discuss their experiences and concerns. MHA Commissioners also speak with staff about their experiences, plans and concerns, and review legal documents and patients' records. They also check a sample of the statutory forms authorising detention. MHA Commissioners met with 4,569 detained patients in 2011/12, and checked more than 4,500 detention documents”.

sembrata la sezione dell'ultimo *report* dedicata alle *de facto detentions*.

La Commissione non ha infatti voluto limitare la propria indagine ai soli pazienti formalmente trattenuti e registrati come tali sotto una delle *sections* del MHA che disciplinano i ricoveri coatti. I suoi membri, andando oltre la forma, hanno analizzato la situazione dei pazienti ricoverati volontariamente in ospedale, per accertarsi di quanto questi fossero, nel corso della degenza, effettivamente “liberi” di sottoporsi ai trattamenti o di allontanarsi dal reparto. In estrema sintesi, in una visita su cinque la *Care Quality Commission* ha ravvisato una forma di *de facto detention* di pazienti volontari³³².

Quanto è emerso è estremamente interessante. In primo luogo, in diversi casi è segnalata una estrema superficialità, o vera e propria ignoranza, da parte del personale sanitario circa lo status legale (formale o informale) dei diversi pazienti e circa le differenze nella condizione giuridica degli uni e degli altri. Inoltre, la Commissione nota come il numero dei reparti ospedalieri nei quali le porte di ingresso sono chiuse³³³ sia negli ultimi anni aumentato³³⁴; ed evidenzia criticamente il fatto che nel 20% dei reparti visitati non viene fornita alcuna indicazione ai pazienti volontari sulle modalità per uscire dal reparto. Ciò indica, conclude la Commissione, che i pazienti volontari in tali reparti non hanno, di fatto, la possibilità di uscire liberamente dal reparto³³⁵.

Con stupore, tra gli esempi riportati nel *report* si legge di una responsabile di uno di questi reparti, alla quale viene

332 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 5.

333 Si intende chiuse in maniera da impedire ai pazienti di uscire liberamente dal reparto.

334 Dall'80 all'84% tra il 2010 e il 2012: *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit. pp. 33 s.

335 *Ivi*, p. 34.

chiesto come si sarebbe comportata se un paziente volontario avesse voluto lasciare il reparto: la risposta è stata che, ove ciò avvenisse, la responsabile avrebbe semplicemente usato l'*holding power* attribuitole dal MHA³³⁶ per impedire al paziente di lasciare il reparto.

Questa affermazione fornisce diverse informazioni: in primo luogo indica che talvolta il personale sanitario – anche quello cui sono attribuiti incarichi di responsabilità – non ha chiaro il quadro normativo che disciplina il proprio ambito di attività, ed in particolare il fatto che i pazienti psichiatrici non sono *in quanto tali* costretti al ricovero o comunque soggetti ad una cogente “autorità medica”, ma possono scegliere *se, come e quando* affidarsi al personale sanitario, salvo i casi – che dovrebbero costituire l'eccezione – di ricovero coatto. I pazienti, seppur ricoverati volontariamente, vengono spesso considerati e “gestiti” allo stesso modo dei pazienti formalmente trattenuti, con grave violazione dei diritti umani fondamentali.

In secondo luogo, questa frase porta alla luce una prassi illegittima. Il *Code of Practice*, in un passo cui si è già fatto riferimento, afferma espressamente, qualora ve ne fosse bisogno, che la minaccia di ricovero coatto non deve venire utilizzata per ottenere un consenso dal paziente³³⁷. La Commissione osserva altresì che, seppur sia sicuramente legittimo, in alcuni casi, trattenere un paziente volontario che voglia allontanarsi dal reparto al fine di accertare se le sue condizioni siano tali da richiedere e giustificare un ricovero coatto, la necessità di tale ricovero non può – e non deve – essere presunta³³⁸.

Ulteriore esempio documentato nel *report*: “[an informal

336 MHA, s 5.

337 MHA *Code of Practice*, par. 4.12. Cfr. anche *supra*, par. 3.2.

338 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit. p. 34.

patient told us he] had only been allowed to leave the hospital with a staff escort since he was admitted. The patient said that this is despite repeated requests to be allowed to leave the ward and go home. He also told us that staff had said that he would be sectioned³³⁹ should he actually leave the ward without permission”³⁴⁰.

La scarsa comprensione dello “status legale” dei ricoverati non riguarda, del resto, solo il personale sanitario³⁴¹, ma si riflette anche sui pazienti stessi, che spesso non sono consapevoli della differenza tra ricovero “formale”³⁴² ed “informale”³⁴³.

Inoltre, dai *report* emerge un altro importante settore in cui il consenso dei pazienti è viziato: si tratta del consenso al trattamento farmacologico³⁴⁴. Delle regole che disciplinano la somministrazione di terapie tratteremo nei prossimi paragrafi; in questa sede richiamiamo comunque la problematica,

339 Con l'espressione “sectioned” si intende “ricoverato coattivamente” *ex sections 2 o 3 del MHA*.

340 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit. p. 34.

341 Ulteriore esempio portato dalla Commissione sul punto: “Nursing staff did not know the correct legal status of several patients on the ward. The ward board showed some patients with blank legal status and some patients who were listed as detained were in fact informal and vice versa. This has legal implications for the trust in potential breaches involving consent to treatment and basic human rights. Two patients were marked up as detained on the ward board in the morning but only after further checking involving Mental Health Act staff did nurses realise they were informal. Without the visit it is not clear when (or if) their actual legal status would have been established”. *Ivi*, p. 35.

342 Cioè coatto.

343 Cioè volontario. *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 35.

344 Sul quale v. *infra*, in questa sezione, par. 6.2.

emergente in alcuni significativi esempi di consenso “costretto” illustrati nei *report* della *Mental Health Act Commission*³⁴⁵, dove si riportano diversi casi di pazienti sottoposti a terapia antipsicotica ad alte dosi, formalmente registrata come consensuale, rivelatasi in realtà – in seguito ad un colloquio dei pazienti stessi con i commissari – non voluta (cfr. ad esempio il caso di un paziente che “made it quite clear that he strongly objected to it due to the bad side effects he was experiencing. He said that he had made this clear to the doctors but they would not listen to him and said that if he doesn’t take his medication then he cannot go out on leave”; o quello di diversi pazienti che “during interview (...) appeared to have minimal knowledge and understanding of the medication they were taking. A particularly concerning example was patient D who could only name one of the drugs he was taking and initially said he did not know why he was taking them and then said “to get off illicit drugs”. He was unaware that he was consenting to ‘up to 3 anti-psychotics drugs’”³⁴⁶).

6. Le regole che governano la sottoposizione dei pazienti ai trattamenti psichiatrici.

Come anticipato, la norma che permette il ricovero di un soggetto nel quadro del MHA non autorizza, di per sé, i medici a sottoporre il paziente a qualsivoglia terapia essi ritengano opportuna.

Oltre al limite, già illustrato, costituito dal *tipo di disturbo* che i trattamenti effettuati devono essere finalizzati a curare³⁴⁷,

345 *Thirteenth Biennial Report 2007–2009, Coercion and consent*, cit., par. 3.13.

346 *Ibidem*.

347 Ci si riferisce alla finalità della terapia, che deve essere quella di “alleviare o prevenire il peggioramento del disturbo [mentale] o di

il MHA prevede una diversa disciplina a seconda del *tipo di trattamento* che il medico intende somministrare.

La regola generale – soggetta alle eccezioni che saranno esposte nei paragrafi seguenti – lascia grande discrezionalità al *clinician*³⁴⁸ circa la scelta del trattamento cui il paziente trattenuto³⁴⁹ deve essere sottoposto anche contro la sua volontà. Non vi è infatti alcuna necessità che altri medici, o l'autorità giudiziaria, controllino tale scelta: la necessità di un controllo a tutela del paziente, come vedremo, entra in gioco solamente nel caso in cui un farmaco venga somministrato per un periodo superiore ai tre mesi³⁵⁰, o nel caso in cui il trattamento rientri tra quelli sottoposti alle regole specifiche che analizzeremo *infra*.

La *section 63* infatti dispone che “il consenso di un paziente non è richiesto per i trattamenti medici somministratigli sotto la direzione dell'*approved clinician* per il disturbo mentale di cui soffre”.

L'assenza di ogni forma di controllo sul trattamento cui i pazienti sono coattivamente sottoposti per i primi tre mesi è stata messa in discussione e criticata da diversi enti e autori, secondo i quali il rispetto dei diritti umani richiederebbe la previsione di una qualche forma di controllo ben prima del periodo attualmente previsto. Così osserva ad esempio la

uno o più dei suoi sintomi o manifestazioni”. L'argomento è stato trattato *supra*, al par. 2, e vi si tornerà anche *infra*.

348 Si tratta dell'*approved clinician*, sul quale v. *supra*, nota 189.

349 Le norme del MHA che disciplinano l'applicazione dei trattamenti – salvo le eccezioni che verranno segnalate – si applicano ai pazienti ricoverati *for assessment*, *for treatment*, o che siano *recalled* in ospedale nel corso di un SCT; non invece in altri casi quali il ricovero di emergenza, l'applicazione degli *holding powers* di medici e infermieri, la detenzione in un *place of safety ex s 135* o *136*, o la detenzione in ospedale in seguito ad un ordine del giudice nel corso di un procedimento penale (MHA, s 56).

350 MHA, s 58, su cui *infra*, par. 3.8.2.

Mental Health Act Commission nel suo undicesimo report³⁵¹: “[w]e believe that the current Act provides insufficient protection to patients in the first three months of their treatment under detention”³⁵². La Commissione è particolarmente preoccupata dalla possibilità di somministrare coattivamente ai pazienti, nel corso dei tre mesi, anche farmaci in dosi o associazioni non previste dalle linee guida, senza alcuna necessità di ottenere una “second opinion” da parte di un altro medico. La proposta è dunque quella di richiedere una riduzione del periodo a soli ventotto giorni quando il farmaco è prescritto *off-label*, in alte dosi o in associazione con altri farmaci.

Ancora, nel dodicesimo report: “[w]e are sympathetic to calls for the reduction of the three-month period. Many detained patients will never have their treatment subjected to the scrutiny of a statutory Second Opinion, because they are discharged within three months of treatment commencing”. Inoltre, alcuni pazienti “may have repeated admissions to hospital which cumulatively amount to long periods of treatment under the Act without this safeguard applying to them”³⁵³. Others who remain in hospital and go on to see a Second Opinion doctor may quite justifiably wonder where that safeguard has been for the initial period of their detention”³⁵⁴.

351 *Mental Health Act Commission, In Place of Fear?, Eleventh Biennial Report 2003–2005*, reperibile all'indirizzo www.psychminded.co.uk.

352 *Ibidem*, par. 4.53.

353 La *Mental Health Act Commission*, in *Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007*, cit., par. 6.30, osserva che ove il periodo fosse ridotto ad un mese l'estensione delle tutele raggiungerebbe il 23% in più circa dei pazienti, che rimangono ricoverati per meno di tre mesi.

354 *Mental Health Act Commission*, in *Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007*, cit., par. 6.27 ss.

Analogamente il *Joint Committee on Human Rights* sottolinea che è ormai un fatto riconosciuto che gli effetti di alcuni psicofarmaci possono risultare inaccettabili, per i pazienti, tanto quanto quelli dell'elettroshock³⁵⁵, e che per poter valutare la risposta all'assunzione di una terapia non sono necessari tre mesi, ma ne è sufficiente uno (togliendo così forza ad una delle motivazioni generalmente addotte per mantenere la lunghezza del periodo “pre-review”). Il *Joint Committee* condivide la visione della *Mental Health Act Commission* secondo cui l'attuale disciplina costituisce una violazione dell'art. 8 Cedu: “tre mesi è un lungo periodo di tempo per ricevere trattamenti psichiatrici coattivi senza possibilità di revisione, né di supervisione della decisione del *responsible clinician*”³⁵⁶.

Anche BARTLETT avanza dubbi circa la compatibilità di queste norme con la Cedu: la Corte di Strasburgo sta poco alla volta iniziando ad occuparsi dell'applicazione dei diritti umani nel campo dei trattamenti psichiatrici, e vi è ancora molto spazio per l'elaborazione e l'adattamento dei principi Cedu in argomento. In questo quadro, “non è possibile – avverte l'A. – dare per scontato che le disposizioni del MHA, che non prevedono alcuna garanzia per il trattamento nei primi 3 mesi, e solo minime garanzie procedurali in seguito, sarebbe ritenuta conforme [alla Convenzione] dalla Corte di Strasburgo”³⁵⁷.

355 Sul punto v. quanto osservato in questa sezione, par. 3 e relative note.

356 *Joint Committee on Human Rights, IV report*, session 2006-07, reperibile in <http://www.publications.parliament.uk>, par. 66.

357 Bartlett P., *A matter of necessity?*, cit.

6.1. Le tutele “speciali” per particolari tipi di trattamenti. La *neurosurgery*.

Il trattamento per il quale sono previste le maggiori garanzie per il paziente, data la sua estrema invasività e la caratteristica di irreversibilità, è quello della *neurosurgery*. Si tratta delle operazioni chirurgiche volte a “distruggere il tessuto cerebrale o il suo funzionamento”³⁵⁸, effettuate per trattare alcuni disturbi psichiatrici³⁵⁹.

Le tutele disposte in relazione alle operazioni di neurochirurgia sono particolarmente incisive poiché si applicano a qualsiasi paziente: non solo, dunque, su quelli soggetti al regime di ricovero coatto *ex* MHA, ma anche ai pazienti volontariamente ricoverati, ed a quelli soggetti al *Mental Capacity Act*. Si tratta di una copertura molto ampia, non estesa alle norme che disciplinano gli altri trattamenti “speciali”.

Per effettuare un'operazione di neurochirurgia il MHA richiede che vi sia necessariamente il consenso personale del paziente. Si tratta di una garanzia fondamentale: l'operazione, data la sua invasività, la caratteristica di irreversibilità ed i suoi effetti collaterali³⁶⁰, non può *mai* essere effettuata contro la volontà di chi vi è sottoposto. Importante altresì ricordare che in questo caso non è nemmeno possibile operare una *fictio iuris*

358 MHA, s 57 (1).

359 Per un quadro d'insieme sulla storia e la situazione attuale della *neurosurgery* (chiamata anche “psicosurgery”), si può fare riferimento a Mashour e altri, *Psychosurgery: past, present and future*, in *Brain Research Review*, 2005, 48 (3), pp. 409 ss.

360 Tra essi, risultano “comuni” *side-effects* di alcune procedure di neurochirurgia disturbi quali crisi epilettiche, depressione, confusione, incontinenza notturna, disfunzioni sessuali, mancanza di iniziativa, perdita di peso (cfr. Mashour e altri, *Psychosurgery: past, present and future*, cit., p. 414).

per ritenere comunque presente il consenso di pazienti incapaci, nel caso in cui a prestarlo sia un soggetto cui ne sia affidata la tutela (come è invece possibile in relazione ad altri trattamenti)³⁶¹.

Oltre al consenso del paziente è necessario poi l'accertamento, da parte di un medico³⁶² – diverso dal *responsible clinician* che ha disposto il trattamento – e di due altri professionisti “non medici”³⁶³, della capacità del soggetto³⁶⁴ e dell'effettività del suo consenso; il medico deve, inoltre, certificare che quello proposto costituisce un trattamento appropriato. A maggior garanzia dell'accuratezza di tale certificazione, il MHA richiede che nell'effettuare la valutazione il medico debba confrontarsi con almeno due soggetti coinvolti nel trattamento medico del paziente, dei quali uno sia un infermiere, e l'altro non sia né infermiere né medico (in ogni caso, non deve trattarsi del *responsible clinician*).

Quanto alla frequenza nell'effettuazione di questo tipo di operazioni, i reports della *Mental Health Act Commission* indicano che si tratta di un intervento cui viene fatto ricorso sempre più raramente: nel corso del triennio 2005-2007, ad esempio, è stata richiesta in sette casi l'autorizzazione ad effettuarla (autorizzazione rifiutata per due pazienti), mentre tra

361 A chiarirlo sono il MCA (s 28) ed il relativo *Code of Practice*. Il *Code of Practice* del MCA, par. 13.51, conferma che “[t]he combined effect of section 57 of the MHA and section 28 of the MCA is, effectively, that a person who lacks the capacity to consent to one of these treatments for mental disorder may never be given it. Healthcare staff cannot use the MCA as an alternative way of giving these kinds of treatment. Nor can an attorney or deputy give permission for them on a person’s behalf”.

362 Si tratta del *Second Opinion Appointed Doctor* (c.d. “SOAD”).

363 Incaricati a questo scopo dalla MHAC (ora *Care Quality Commission*): MHA, s 57 (2) e 121 (2)a.

364 Si tratta della “capacità di comprendere natura, scopo e probabili effetti del trattamento” (MHA, s 57 (2)a).

il 1997 ed il 1999 le richieste (tutte autorizzate) erano state 17³⁶⁵.

E', infine, necessario aggiungere che il MHA attribuisce al Governo la possibilità di sottoporre altre forme di trattamento al medesimo regime illustrato per la neurochirurgia. Il Governo si è avvalso di questa possibilità solamente in relazione all'impianto chirurgico di ormoni effettuato allo scopo di ridurre il desiderio sessuale maschile³⁶⁶. Sul tema, sono interessanti le osservazioni di FENNELL, anche se ormai risalenti: l'A. osserva che mentre da un lato nel MHA "si [voleva] escludere la possibilità che un individuo [fosse] considerato *mentally disordered* solamente sulla base di una devianza sessuale³⁶⁷", dall'altra si includeva l'impianto di ormoni per il controllo del *male sexual drive* tra i trattamenti per il *mental disorder*, inviando così segnali contraddittori agli operatori della salute mentale³⁶⁸ (ora tale contraddizione è stata risolta, come già illustrato³⁶⁹, a favore dell'inserimento della

365 *Mental Health Act Commission, Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007* cit., par. 6.87 s.

366 La *Mental Health Act Commission* ha richiesto che una nuova procedura terapeutica, la "deep brain stimulation", venga assoggettata alla stessa disciplina della neurosurgery, data l'invasività di questa tecnica ed i rischi che comporta (la *deep brain stimulation* "involves placing electrodes into the brain, does involve the risks of brain surgery and some inevitable damage to brain tissue; adjustment of the apparatus may require many visits to a doctor; and the pacemaker battery that operates the electrodes will need to be replaced every two or three years, requiring more surgery"). *Mental Health Act Commission, Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007* cit., par. 6.90.

367 MHA, s 1 (3).

368 Fennell P., *Sexual suppressants and the Mental Health Act*, (commento a *R. v Mental Health Act Commission Ex p. W*, *Times*, May 27, 1988), in *Criminal Law Review*, 1988, pp. 660 ss.

369 V. *supra*, par. 3.1.2.

devianza sessuale “a pieno titolo” tra i disturbi mentali).

6.2. (segue) La somministrazione di psicofarmaci per periodi superiori a tre mesi.

Come anticipato, la somministrazione di psicofarmaci per periodi superiori a tre mesi richiede particolari procedure a garanzia del paziente, seppur si tratti di una tutela di intensità nettamente inferiore a quella prevista per la neurochirurgia.

Perchè il trattamento possa proseguire, infatti, è necessario, alternativamente:

- che il paziente abbia acconsentito al trattamento, e l'*approved clinician* o un medico a tal fine incaricato dalla *Care Quality Commission* abbia certificato la capacità del paziente di comprendere natura, scopo e probabili effetti del trattamento; *oppure*

- (se il paziente è dissente) che un medico a tal fine incaricato dalla *Care Quality Commission* (che non ricopra il ruolo di *responsible clinician* del paziente) certifichi che il paziente *non* è capace di comprendere natura, scopo e probabili effetti del trattamento, *oppure* è capace di comprendere tutto ciò *ma* è comunque opportuno che il trattamento sia somministrato³⁷⁰.

Anche in questo caso, prima di concludere la valutazione, il medico deve consultare due soggetti che siano professionalmente coinvolti nel trattamento del paziente, dei quali uno sia un infermiere e l'altro né medico né infermiere (in ogni caso non deve trattarsi del *responsible clinician*).

Il trattamento può dunque essere proseguito anche contro l'espressa volontà di un paziente capace, purchè vi sia una “second opinion” da parte del medico (il *Second Opinion Appointed Doctor*).

370 MHA, s 58.

Le garanzie qui descritte, oltre ad essere di minore intensità rispetto a quelle previste per la neurochirurgia, hanno un campo di applicazione molto più ristretto. Sono infatti tutelati solamente coloro che siano coattivamente *trattenuti* nel quadro del MHA, salvo che la detenzione sia avvenuta con procedura di emergenza o nell'esercizio degli “holding powers” di infermieri o medici³⁷¹. Non è richiesta alcuna certificazione da parte del *Second Opinion Appointed Doctor* se il paziente cui si vuole somministrare il trattamento è un paziente “informale” (cioè volontario) – nonostante la reale volontarietà di molti ricoveri catalogati come tali sia stata autorevolmente messa in dubbio³⁷². Inoltre, la procedura *non* tutela i pazienti incapaci che vengano curati nel quadro del *Mental Capacity Act*, per i quali basterà la decisione del medico circa il *best interest* del paziente o, a seconda dei casi, il consenso della persona cui è attribuito il potere di decidere per l'incapace³⁷³.

6.3. (segue) L'elettroshock.

Prima della riforma del 2007, per l'elettroshock³⁷⁴ si seguiva la stessa procedura appena illustrata per il trattamento prolungato con psicofarmaci: poteva dunque essere effettuato su un paziente capace anche contro la sua volontà. In seguito alla sensibilizzazione circa l'invasività ed i rischi di questo intervento, sono ora previste maggiori garanzie³⁷⁵.

371 MHA, s 56 (2). Per le eccezioni citate nel testo cfr. in questa sezione, par. 3.3 e 3.4.

372 Di questo si è parlato *supra*, 3.7.1.

373 Per dettagli sul funzionamento del MCA, v., in questo capitolo, la sez. III.

374 Si tratta della *electro-convulsive therapy*, “a controversial psychiatric treatment in wich seizures are induced with eletricity” (Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 105).

375 MHA, s 58A.

La differenza più significativa rispetto al procedimento appena illustrato consiste nell'impossibilità di effettuare l'elettroshock su un paziente capace e dissenziente – salvo che ci si trovi in caso di emergenza.

Tale pratica potrà dunque essere in primo luogo effettuata su un paziente *capace e consenziente* – in tal caso *non* è necessaria la certificazione ed il parere favorevole del *Second Opinion Appointed Doctor* circa capacità ed appropriatezza dell'intervento: è sufficiente che ciò sia certificato dal *reponsible clinician* del paziente (da colui, cioè, che ha disposto tale cura).

In secondo luogo l'elettroshock potrà essere effettuato su un paziente *incapace*, quando incapacità del paziente ed appropriatezza dell'intervento siano state certificate da un *Second Opinion Appointed Doctor*, e sempre che il paziente non abbia effettuato una valida dichiarazione anticipata di trattamento³⁷⁶ contraria all'effettuazione dello stesso, o che la persona cui è attribuito dal MCA il potere di decidere per l'incapace non si opponga. Anche in questo caso, l'emergenza rende possibile il trattamento, secondo le regole che saranno esposte nel prossimo paragrafo³⁷⁷.

6.4. Le eccezioni per i casi di emergenza.

Tutte le garanzie appena illustrate in relazione a *neurosurgery*, somministrazione prolungata di farmaci ed elettroshock vengono sospese in caso di emergenza.

Più precisamente, potrà essere effettuato sul paziente qualsiasi trattamento – indipendentemente da dichiarazioni del

376 Su questo istituto si tornerà *infra*, in questo capitolo.

377 Vi sono inoltre particolari norme che regolano gli interventi sanitari sui minori nel quadro del MHA; questo specifico settore non è tuttavia approfondito nel presente lavoro.

Second Opinion Appointed Doctor o consenso – che sia:

- immediatamente necessario per salvare la vita del paziente; oppure

- immediatamente necessario per prevenire un grave peggioramento delle sue condizioni (ma solo se gli effetti dello stesso non sono irreversibili); oppure

- immediatamente necessario per alleviare una grave sofferenza del paziente (ma solo se gli effetti dello stesso non sono irreversibili ed il trattamento non è pericoloso); oppure

- immediatamente necessario e rappresenta la minima interferenza necessaria per impedire al paziente di comportarsi in maniera violenta o di costituire un pericolo per se stesso o per altre persone.

Evidentemente questa previsione comporta un notevole decremento alle tutele previste in linea teorica dal MHA. In particolare si noti come, nel caso in cui lo scopo sia la “difesa” da un comportamento aggressivo (o il porre fine ad atti autolesionistici), il trattamento possa essere effettuato contro il consenso del paziente *anche se pericoloso per quest'ultimo o con effetti irreversibili*.

Queste eccezioni trovano applicazione nella prassi soprattutto in relazione alla somministrazione di farmaci ed all'elettroshock³⁷⁸, rendendo così non più necessaria la *second opinion* nonostante il dissenso dei pazienti. Difficilmente, invece, un intervento di neurochirurgia d'urgenza potrà essere realisticamente essere considerato “immediatamente necessario”³⁷⁹.

Con preoccupazione, la *Care Quality Commission* osserva che nel periodo 2011/12 “più di un quarto dei pazienti per i quali sono state rilasciate *second opinions* per trattamento

378 Bickle A., Abdelrazek T., Aboaja A., Page K., *Audit of Statutory Urgent Treatment at a High Security Hospital*, in *Journal of Mental Health Law*, 2007, p. 66 ss.

379 Cfr. Jackson E., *Medical law*, cit., p. 320.

elettroconvulsivante avevano già ricevuto almeno una applicazione del prima della visita del SOAD”, attraverso l'utilizzo degli *emergency treatment powers*³⁸⁰.

Dal report della *Care Quality Commission* emerge infine che l'elettroshock è frequentemente qualificato come “intervento salvavita”, principalmente quando il paziente sia un soggetto depresso che rifiuta cibo e bevande. In ogni caso, conclude la *Commission*, “these years’ data show that a large proportion of patients continue to be denied the safeguard of a statutory second opinion before treatment commences”.

6.5. I trattamenti per i pazienti in *Supervised Community Treatment*.

Come anticipato nel paragrafo dedicato a questo istituto, i pazienti “in the community” – ossia soggetti ad un *supervised community treatment* –, se capaci, non possono essere trattati coattivamente. Il MHA pone regole particolari: in primo luogo, ove si tratti di trattamento farmacologico prolungato o di un elettroshock, è necessario che un *Second Opinion Appointed Doctor* certifichi anche per questi pazienti (che siano capaci o incapaci) l'appropriatezza del trattamento³⁸¹.

380 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 93. La CQC segnala, inoltre, una interessante correlazione: l'applicazione di emergenza dell'elettroshock, che esonera dall'attesa di una opinione del *Second Opinion Appointed Doctor*, ha avuto un notevole incremento percentuale proprio nel periodo immediatamente successivo alla modifica normativa che ha inteso limitare i casi di applicazione legittima dell'elettroshock: se tra il 2004 ed il 2008 si aveva una percentuale di circa il 24% di applicazione di emergenza di tale intervento, tra il 2009 ed il 2011 tale percentuale era superiore al 33%.

381 Anche per gli interventi neurochirurgici valgono, come visto in precedenza, le stesse garanzie illustrate per i pazienti trattenuti.

Il trattamento per i disturbi psichiatrici può essere somministrato ai pazienti *capaci* solamente con il loro consenso (nel caso questi si rifiutino di acconsentire possono, tuttavia, essere richiamati in ospedale per la somministrazione coattiva). Non è previsto, nemmeno per il caso di emergenza, che essi possano essere forzati ad un trattamento.

Quanto ai pazienti *incapaci*, invece, il trattamento può essere somministrato quando la persona – o l'autorità – cui è attribuito il potere di decidere per l'incapace³⁸² presti il suo consenso – salvi, anche in questo caso, i casi di emergenza.

Se non contrasta con una valida dichiarazione anticipata di trattamento o con una decisione precedentemente presa dal tutore del paziente, la terapia può tuttavia essere somministrata anche indipendentemente dalla prestazione, da parte del tutore, di alcun attuale consenso; sulla base dunque della sola, personale, opinione del medico curante. E' sufficiente infatti che, a parere del medico, il paziente non si opponga al trattamento³⁸³, o semplicemente che non sia necessario “usare la forza” per somministrarlo³⁸⁴.

In caso di emergenza, invece, il trattamento può essere somministrato ad un incapace anche, se necessario, con l'uso della forza, quando “immediatamente necessario”³⁸⁵ e

382 In questo paragrafo per semplicità utilizzeremo, per indicare questo soggetto, la parola “tutore”, seppur non si tratti di una traduzione precisa. I meccanismi di “tutela” degli incapaci nella normativa inglese verranno chiariti nella sez. III del presente capitolo.

383 Il *Code of Practice* chiarisce che il punto è solamente *se* il paziente si oppone, non la ragionevolezza o meno di tale opposizione (par. 23.17).

384 MHA, s 64D (4).

385 Secondo gli stessi criteri già illustrati per i trattamenti urgenti nei confronti dei pazienti trattenuti: il trattamento deve cioè essere immediatamente necessario per salvare la vita del paziente; oppure per prevenire un grave peggioramento delle sue condizioni (ma solo se gli effetti dello stesso non sono irreversibili); oppure per alleviare

finalizzato a impedire danni al paziente, oppure se l'uso di tale forza costituisce una risposta proporzionata alla probabilità che il paziente subisca un danno, ed alla gravità di tale danno.

Un cenno ulteriore merita il concetto di “uso della forza” richiamato da queste norme. Mentre nel quadro del MCA – come vedremo *infra* – si definisce il “restraint” come “la minaccia o l'uso della forza per facilitare un atto al quale la persona oppone resistenza, o la limitazione della libertà di movimento del soggetto, che resista o meno”³⁸⁶, il *Code of Practice* del MHA definisce “uso della forza” l’“actual use of physical force on the patient”: la minaccia non rientra dunque in questa definizione. Nel quadro del MHA, dunque, sembrerebbe che la *minaccia* dell'uso della forza (o del *recall*) sia utilizzabile per indurre alla *compliance* i pazienti in *Supervised Community Treatment*: questo aspetto ha suscitato preoccupazioni circa il rispetto dei diritti umani dei pazienti da parte di diversi soggetti, tra cui il *Royal College of Psychiatrists*³⁸⁷.

6.6. I trattamenti esclusi dalle tutele speciali.

Da quanto esposto nei paragrafi precedenti emerge che la generalità dei trattamenti psichiatrici, per poter essere coattivamente somministrate, non necessita di particolari procedure poste a tutela del paziente (se non protratti oltre i tre mesi). Si è già accennato alle critiche rivolte alla conseguente

una grave sofferenza del paziente (ma solo se gli effetti dello stesso non sono irreversibili ed il trattamento non è pericoloso); oppure per impedire al paziente di comportarsi in maniera violenta o di costituire un pericolo per se stesso o per altre persone, se rappresenta la minima interferenza necessaria (MHA, s 64G).

386 MCA *Code of Practice*, p. 290.

387 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 115.

mancanza di controlli circa la legittimità dell'assoggettamento del paziente al ricovero coatto ed ai trattamenti correlati. E' opportuno tornare ancora sul tema, per sottolineare come la mancanza di controlli sui trattamenti coattivamente somministrati risulti significativamente più grave quando il trattamento imposto sia tecnicamente controverso e dall'esito incerto, nonché discusso quanto al rispetto dei diritti umani.

In particolare è stata avanzata la proposta di garantire tutele analoghe a quelle appena esposte in relazione a trattamenti quali la somministrazione congiunta di più antipsicotici³⁸⁸ e, soprattutto, la nutrizione forzata. Così afferma il *Joint Committee on Human Rights*: “poichè la nutrizione forzata può costituire una violazione degli articoli 3 e 8 [Cedu], e se imposta [contro la volontà del paziente] comporta una significativa, e potenzialmente traumatica, invasione dell'integrità fisica, bisogna chiedersi perchè non sia soggetta alla stessa procedura di *second opinions* prevista per l'elettroshock. (...) La somministrazione da parte del *responsible clinician*, anche se si tratti di un medico, non soddisfa la necessità di supervisione e *review* del trattamento” richieste dalla giurisprudenza Cedu. La nutrizione forzata “è invasiva quanto [elettroshock e psicofarmaci], se non più. Pertanto, dovrebbe essere soggetta alle stesse garanzie”³⁸⁹.

Analogamente, FENNEL notava, già molti anni fa, che “[w]hist one can envisage circumstances where it might be

388 Cd. “antipsychotic polypharmacy”, o “APP”. Circa i rischi correlati all'uso congiunto di antipsicotici si è già accennato *supra*, nota 141. Per approfondimenti cfr. ad es. Gallego J. A., *Safety and Tolerability of Antipsychotic Polypharmacy*, cit., ed il *report Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007, Mental Health Act Commission*, cit., par. 6.32 ss., che rileva un uso frequente della *antipsychotic polypharmacy*.

389 *Joint Committee on Human Rights, IV report*, session 2006-07, cit., par. 67 ss. Cfr. anche Jackson E., *Medical Law*, cit., p. 324.

argued that force feeding is for the patient's benefit, it is hard to see it as "perfectly routine" and it raises sufficiently complex ethical issues to put it in the "borderline" category³⁹⁰.

7. L'uso della forza: la contenzione (fisica, meccanica, farmacologica) e l'isolamento dei pazienti psichiatrici.

Fino ad ora si è parlato di coazione e di detenzione coattiva, senza focalizzare l'attenzione su quali siano le modalità "legali" in Gran Bretagna per attuare questa coazione. Abbiamo in precedenza accennato sia alla coazione nella somministrazione di terapie, che alle modalità di (ri)conduzione del paziente in ospedale ed il suo trattenimento in loco. Cerchiamo ora di approfondire questi aspetti analizzando la normativa e, per quanto possibile, la prassi vigente.

7.1. Le norme.

Come nota Auld LJ in *R v Broadmoor Special Hospital Authority, ex parte S, H e D*, "[d]etention for treatment necessarily implies control for that purpose", anche se, si ammette, il MHA "leave[s] unspoken of the necessary incidents of control flowing from a power of detention for treatment, including: the power to restrain patients, to keep them in seclusion (...), to deprive them of their personal possessions for their own safety and to regulate the frequency and manner of visits to them"³⁹¹.

Diverse sentenze – a molte delle quali si è fatto cenno

390 Fennell P., *Force Feeding and the Mental Health Act 1983*, *New Law Journal*, 1995, pp. 319 ss.

391 *R v Broadmoor Special Hospital Authority, ex parte S, H e D*, [1998] WL 1044171.

anche in precedenza – che autorizzano o riconoscono la legittimità di interventi effettuati contro la volontà dei pazienti nel quadro del MHA, spesso fanno riferimento alla possibilità, per il personale sanitario, di utilizzare genericamente il “restraint” “to the extent reasonably required” per porre in essere il trattamento autorizzato³⁹².

La normativa secondaria è invece molto più chiara, e disciplina numerosi aspetti del *restraint*: in particolare contenzione (fisica, meccanica o farmacologica), isolamento e altre forme di privazione di libertà. Il *Code of Practice* del MHA riconosce infatti espressamente la necessità (e la legittimità) di utilizzare, in alcuni casi, il *restraint*, e detta alcune regole per la sua legittima attuazione.

Si specifica, preliminarmente, che tali regole sono espressamente volte a regolare il *restraint* applicato sia su pazienti trattenuti nel quadro del MHA, che su pazienti volontari. Pare evidente la contraddizione insita nell'uso di *restraint* su pazienti volontari: come possono dirsi tali, se anche per loro valgono le regole che disciplinano contenzione e isolamento? Il *Code* accenna al fatto che il *restraint* su paziente volontario può avvenire “in caso di emergenza o come parte del piano terapeutico”³⁹³. Data l'abbondanza di regole piuttosto dettagliate fornite su numerosi argomenti, stupisce la mancanza di regole chiare su questo, pur relevantissimo, punto: ad esempio, cosa deve considerarsi “emergenza”, e in che termini – e con quali limiti – il *restraint* può essere inserito nel piano terapeutico del paziente³⁹⁴? Mancano, sembra, indicazioni

392 Così, ad esempio, *Tameside and Glossop Acute Services Trust v CH*, cit. (solo abstract).

393 MHA *Code of Practice*, par. 15.34.

394 Sul punto, del resto, emerge anche una contraddizione interna al *Code*, dal momento che, quanto alla pratica dell'isolamento, viene specificato che esso “non dovrebbe costituire parte del trattamento terapeutico”. MHA *Code of Practice*, par. 15.45.

chiare per gli operatori.

Tra le regole generali poste dal *Code* a governare le pratiche di *restraint* vi è il divieto di utilizzarle come “punizioni” per i pazienti; esse devono essere utilizzate solo come *extrema ratio* ove altre forme di intervento si siano rivelate insufficienti, limitando, inoltre, al minimo i rischi per la salute e la sicurezza del paziente e l'interferenza nella sua *privacy*³⁹⁵.

Interessante la previsione per cui, ai pazienti individuati “a rischio” di comportamenti aggressivi, sia data la possibilità di indicare quali interventi ritengano opportuni e quali invece non vorrebbero veder utilizzati in caso di necessità³⁹⁶. La dichiarazione del paziente – nella forma di “advanced statement” – deve essere formalmente documentata; tuttavia, la valenza pratica di tale dichiarazione non è affatto chiara: verosimilmente questa non vincolerà in alcun modo l'agire del personale sanitario ove questo intenda agire in modo difforme dalle richieste del paziente.

Quanto alle finalità del *restraint*, il *Code* chiarisce che esso può essere effettuato per assicurare la *compliance* al trattamento³⁹⁷; tuttavia, l'uso della contenzione fisica è ancor più frequentemente associato al controllo dei comportamenti aggressivi. Le situazioni che più frequentemente provocano il *restraint* sono individuate dal *Code*³⁹⁸ in “aggressioni fisiche;

395 MHA *Code of Practice*, par. 15.8 ss.

396 MHA *Code of Practice*, par. 15.11.

397 MHA *Code of Practice*, par. 15.32 s.: “[r]estraint in order to administer medication” deve essere quando possibile evitato, ma in alcuni casi può essere necessario (in particolare quando la non assunzione del farmaco renderebbe probabile il presentarsi di un'emergenza). Esso può essere utilizzato quando il personale abbia effettiva *legal authority* per imporre un trattamento al paziente (non, dunque, su un paziente in ricovero volontario).

398 MHA *Code of Practice*, par. 15.18.

comportamento pericoloso, minaccioso o distruttivo; autolesionismo o rischio di lesioni in seguito a incidenti fortuiti; estrema e prolungata iperattività, tale da condurre ad un esaurimento fisico” ed, infine, “tentativo di nascondersi³⁹⁹”.

Quanto alle diverse forme “contenimento”, ciascuna è governata da regole specifiche.

Per quanto riguarda la *contenzione farmacologica*, il *Code* dispone che essa sia applicata solo in casi eccezionali, e che non debba mai venire utilizzata per sopperire alla mancanza di personale della struttura sanitaria. Le circostanze in cui può essere utilizzata dovrebbero inoltre essere previste “in advance” nel piano trattamentale del paziente⁴⁰⁰. Si tratta di una forma ormai molto diffusa di controllo del comportamento, ritenuta da alcuni una modalità più “delicata” di contenzione: una volta somministrati farmaci con effetto calmante e/o sedativo ad un soggetto aggressivo, il suo comportamento sarà reso più docile senza necessità di utilizzare la forza fisica. Tuttavia, con il passare del tempo è emersa la consapevolezza circa gli effetti collaterali dei farmaci e la loro “invasività”⁴⁰¹, per cui è ormai spesso rivalutata la contenzione fisica o meccanica – più violenta, ma meno invasiva del corpo e della mente del soggetto; anche il *Code* sembra rispecchiare questa tendenza.

La *contenzione fisica* è regolata dal *Code* nei suoi tratti

399 L'ultima situazione indicata (il “tentativo di nascondersi”) giustifica il *restraint* solo nei confronti di un paziente legittimamente trattenuto, e non di un soggetto in ricovero volontario.

400 MHA *Code of Practice*, par. 15.15: “[w]herever practicable, the circumstances (if any) in which medication is to be used as a response to episodes of particularly disturbed behaviour should be established in advance in each patient’s treatment plan. The use of medication as an unplanned response to disturbed behaviour should be exceptional. Medication should never be used to manage patients as a substitute for adequate staffing”.

401 Sul punto v. *supra*, in questa sezione, par. 3.

fondamentali. Linee guida dettagliate (“policies”) devono essere predisposte a cura di ciascun ospedale e conosciute da tutto il personale interessato⁴⁰².

Il *Code*⁴⁰³ specifica che l'uso della contenzione fisica deve essere “ragionevole, giustificabile e proporzionato al rischio creato dal paziente”. Deve inoltre essere utilizzata una “tecnica riconosciuta”, che non può consistere nella “deliberata inflizione di dolore”; l'inflizione di dolore, comunque, rimane in sé ammissibile, “purchè sia utilizzata per l'immediato soccorso o salvataggio del personale, quando ogni altro mezzo sarebbe insufficiente”. Infine, deve essere posta in essere come *extrema ratio*, “solo se assolutamente necessario⁴⁰⁴”, e solo da parte di chi abbia ricevuto una adeguata formazione sull'uso delle tecniche contenitive.

Il *Code*, inoltre, fornisce una serie di regole “operative” da seguire durante l'esecuzione di una contenzione fisica. Tra queste vi è la necessità che sia un singolo operatore ad assumere la responsabilità dell'intera operazione di contenzione, controllandone lo svolgimento, e che la decisione di attuare una contenzione – corredata delle motivazioni che hanno portato a tale scelta e dall'annotazione dell'andamento della stessa – sia documentata formalmente⁴⁰⁵. Sia prima che durante l'attuazione della contenzione deve inoltre essere tentato un dialogo con il paziente, che porti alla cessazione del comportamento disturbato.

Nel corso della contenzione fisica un medico deve essere

402 MHA *Code of Practice*, par. 15.21.

403 MHA *Code of Practice*, par. 15.21 ss.

404 “Managing aggressive behaviour by using physical restraint should be done only as a last resort and never as a matter of course. It should be used in an emergency when there seems to be a real possibility that harm would occur if no intervention is made”: MHA *Code of Practice*, par. 15.23.

405 MHA *Code of Practice*, par. 15.24 e 15.28.

sempre disponibile, e particolare attenzione deve essere posta al rischio di arresto respiratorio o cardiaco. Il verificarsi di queste gravi complicazioni è un rischio la cui correlazione con episodi di contenzione è stata ormai da tempo riconosciuta; il *Code*, infatti, richiede che la strumentazione per la rianimazione di emergenza sia sempre necessariamente disponibile nel luogo dove la contenzione viene effettuata. Importante è anche il monitoraggio continuo dello stato fisio-psichico del paziente⁴⁰⁶, e la predisposizione di un sistema di “post-incident support and review” per pazienti e personale coinvolto.

Per quanto riguarda la *contenzione meccanica*⁴⁰⁷, invece, l'intento del *Code* è quello di limitarne la diffusione, specificando che essa non deve costituire il tipo di risposta “standard” al verificarsi di un comportamento disturbato o violento. Il ricorso ad essa, al contrario, deve essere eccezionale. Se utilizzata, è necessario che vengano seguite linee guida chiare per il loro utilizzo. Vi è, inoltre, una modalità di contenzione meccanica assolutamente vietata dal *Code*: si tratta della contenzione attuata “legando [il paziente] (per mezzo di nastri o di indumenti) a parti dell'edificio o a suoi

406 MHA *Code of Practice*, par. 15.27.

407 Per approfondimenti sul tema si v. anche il par. successivo. Per un quadro delle problematiche connesse a questa specifica forma di contenzione si v. il *focus* sulla contenzione pubblicato sulla *Riv. it. med. legale*, 2013, I, pp. 167 ss., a cura di Dodaro G. e Ferrannini L., ed i diversi contributi in esso pubblicati. Si v. anche Dodaro G., *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. legale*, 2011, 6, pp. 1483 ss. e, del medesimo autore, *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni* (nota a Tribunale della Lucania, 30 ottobre 2012 - dep. 27 aprile 2013), *Giud. Garzo*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2013.

impianti»⁴⁰⁸.

Sembrerebbe dunque che la norma appena illustrata vieti (oltre che, come evidente, il legare una persona ad una parete), anche la pratica di legare il soggetto al letto. Si tratta di una pratica tradizionalmente molto diffusa in reparti psichiatrici e manicomi, perciò il suo assoluto divieto è particolarmente significativo. Il “legare al letto” il paziente psichiatrico è pratica talmente collegata, di regola, al concetto di “contenzione meccanica”, da spingere a domandarsi – una volta vietata questa – in quali altre pratiche può consistere questo genere di contenzione. Forse il riferimento è alla cd. “camicia di forza”? In realtà vi sono moltissime altre pratiche di contenimento meccanico: oltre alla classica “camicia”, vi sono fascette per legare i polsi o le caviglie tra loro, o per immobilizzare legando un arto al letto o ad altri punti fissi; guanti da fissare attorno alle mani per impedire ai pazienti di rimuovere flebo o altri dispositivi, o di compiere determinati atti di autolesionismo; strumenti per legare alla sedia o al letto – dal meno al più contenitivo, fino ad una rete di sicurezza che impedisce i movimenti della superficie pressochè totale del corpo del paziente disteso⁴⁰⁹; vestiti che limitano i movimenti di un soggetto seduto; sbarre ai letti. La semplice consultazione di un sito di vendita *online*⁴¹⁰ di tali strumenti permetterà di farsi un’idea concreta della varietà degli stessi, molti dei quali, tuttavia, sembrerebbero inutilizzabili in Gran Bretagna sulla

408 MHA *Code of Practice*, par. 15.31.

409 V. ad es. la “Posey Restraint Net”, così descritta sul sito di vendita *online*: “[it] helps control combative patients. Padded cuffs at upper arms, wrists and ankles help hold limbs in place. The design ensures the patient's head, arms, and feet are exposed, while the remainder of the body is covered by durable nylon mesh” (fonte: www.rehabmart.com/product/posey-restraint-net-11441.html).

410 Istruttiva è, ad esempio, la già citata pagina *web* www.rehabmart.com/category/Patient_Restraints~2.htm.

base delle disposizioni del *Code* (la cui forza vincolante non è però, come si è visto⁴¹¹, assoluta). Alcuni strumenti sono prevalentemente volti a tutelare i pazienti da incidenti fortuiti – quali le cadute dal letto – e non impediscono totalmente i movimenti della persona: non sembrano dunque utilizzabili quando lo scopo è quello di bloccare un comportamento incontrollato o violento, come nei casi cui si fa riferimento nel *Code*.

Un altro metodo contenitivo comunemente utilizzato in psichiatria è l'*isolamento* del paziente con comportamento aggressivo o disturbato. Il *Code of Practice* dedica diversi paragrafi a questa pratica⁴¹², definita come “il confinamento, monitorato, di un paziente in una stanza, che *può* essere chiusa a chiave”⁴¹³, il cui unico solo scopo legittimo è il “contenimento un comportamento gravemente disturbato che espone a rischio altre persone”⁴¹⁴.

Prima di porre alcune regole specifiche per la procedura di isolamento⁴¹⁵ il *Code* definisce alcuni punti fondamentali: in

411 V. *supra*, par. 2.1.2.

412 MHA *Code of Practice*, par. 15.43 ss.

413 Corsivo aggiunto. Il *Code* definisce il concetto di isolamento (“*seclusion*”) in modo piuttosto ampio per evitare che alcune pratiche, che nella sostanza costituiscono forme di isolamento, non vengano considerate come tali e sottratte alle garanzie previste per l'isolamento attraverso una “frode delle etichette” (il riferimento è a concetti quali “*therapeutic isolation*” e “*single-person wards*”: MHA *Code of Practice*, par. 15.44). Nella prassi questo rischio si concretizza non raramente: si vedano le osservazioni della CQC riportate al paragrafo successivo.

414 Quando è presente anche un rischio di atti autolesionistici, l'isolamento può essere utilizzato solo se i rischi per le altre persone sono tali da compensare l'aumento del rischio per il paziente stesso derivante dall'isolamento, e se questo rischio può essere gestito adeguatamente: *ibidem*, par. 15.45.

415 Sulle quali v. *infra*.

primo luogo, l'isolamento deve essere usato solo quando non vi è altra misura adeguata a fronteggiare la situazione, e per il minor periodo di tempo possibile. Non deve essere utilizzata come punizione o minaccia, né essere motivata da carenza di personale sanitario. Non può, infine, costituire una risposta a comportamenti solamente autolesionistici, che non mettano a rischio altre persone.

Come nel caso della contenzione fisica, anche per l'isolamento il *Code* richiede che ciascun ospedale predisponga delle linee guida scritte per disciplinarne l'utilizzo. Tali linee guida devono necessariamente soddisfare alcuni requisiti, quali “assicurare che il paziente riceva adeguate cure durante e dopo l'isolamento; disporre che l'isolamento avvenga in luoghi rispettosi della dignità e del benessere del paziente; garantire che l'uso dell'isolamento venga documentato, monitorato e sottoposto a *review*”⁴¹⁶.

Come accennato, il *Code* pone anche una serie di regole “operative” cui chi mette in pratica l'isolamento deve attenersi. Riportiamo qui le principali, rinviando per ulteriori dettagli alle relative norme del *Code of Practice*.

La decisione di procedere all'isolamento del paziente deve essere presa da un medico o un *approved clinician*⁴¹⁷; il *clinician* che ha in carico il paziente deve essere avvertito e deve tempestivamente recarsi sul posto⁴¹⁸. Il prima possibile deve essere effettuata una “multi-disciplinary review” che valuti l'effettiva necessità di isolamento del paziente, e definisca le azioni da effettuarsi affinché tale necessità venga

416 MHA *Code of Practice*, par. 15.47.

417 Figura che non richiede necessariamente la qualifica di medico (v. *supra*, nota 198). Spetta ai singoli ospedali “definire quali tra gli *approved clinicians* non-medici siano adeguatamente qualificati per svolgere le proprie funzioni in relazione agli interventi di isolamento (MHA *Code of Practice*, par. 15.49).

418 MHA *Code of Practice*, par. 15.49.

meno nel più breve tempo possibile.

Una *review* deve essere effettuata a intervalli relativamente brevi: ogni due ore da parte di due infermieri (dei quali uno non sia stato coinvolto nella decisione iniziale di procedere all'isolamento), ed ogni quattro ore da un medico o un *approved clinician*⁴¹⁹.

Nel caso in cui l'isolamento duri più di otto ore continuative, oppure più di dodici ore nell'arco di un periodo di quarantotto ore, deve essere effettuata una *review* “rafforzata”, svolta cioè da una équipe indipendente, composta da un “*senior doctor* o un *approved clinician* opportunamente qualificato, infermieri e altri professionisti che non siano stati coinvolti nei fatti che hanno portato alla decisione di procedere all'isolamento”⁴²⁰. Se vi è disaccordo in seno all'équipe circa la necessità di proseguire l'isolamento, la questione deve essere riferita “ad un *senior manager* o *clinician* dell'ospedale”, secondo le procedure individuate da ciascuna struttura sanitaria⁴²¹.

Un professionista idoneo⁴²² deve mantenersi a portata di vista e di udito dalla stanza di isolamento durante tutto il periodo in cui vi rimane il paziente, per monitorare costantemente le sue condizioni, e determinare il momento in cui l'isolamento può avere termine. L'intensità di questo monitoraggio deve essere determinata caso per caso; in ogni caso, deve essere effettuato un *report* scritto almeno ogni

419 Per il periodo notturno è espressamente prevista la possibilità di modificare gli intervalli di tempo tra le *reviews* (MHA *Code of Practice*, par. 15.52).

420 MHA *Code of Practice*, par. 15.54.

421 MHA *Code of Practice*, par. 15.59.

422 Che abbia ricevuto un completo passaggio di consegne e sia dunque a conoscenza di tutti i dettagli circa i fatti che hanno portato all'isolamento e le condizioni del paziente (MHA *Code of Practice*, par. 15.58).

quindici minuti (se il paziente è stato sedato, in particolare, il professionista deve rimanere costantemente al di fuori della porta)⁴²³.

Quanto alle caratteristiche dei locali dove il paziente viene isolato, il *Code* richiede in primo luogo che questi permettano la sua *privacy*, consentendo al contempo al personale di osservarlo in ogni momento⁴²⁴; che, inoltre, sia un ambiente sicuro, idoneamente arredato, riscaldato, illuminato e ventilato; che, infine, sia “quiet” ma non isolato acusticamente, e dotato di strumenti utilizzabili dal paziente per richiamare l'attenzione⁴²⁵.

Il personale può vietare al paziente di portare con sé nella stanza di isolamento ciò che ritenga inopportuno; tuttavia non può essergli impedito di indossare dei vestiti.

Infine, il *Code* dispone delle regole particolari per le “longer-term segregations”. Si tratta dell'isolamento di pazienti considerati “a lungo termine” pericolosi, per i quali l'isolamento a breve termine non è ritenuto sufficiente⁴²⁶, e rispetto ai quali il personale ritiene che, se lasciati liberi di “mescolarsi” agli altri pazienti del reparto, questi ed il personale sarebbero continuamente esposti al rischio di gravi danni o lesioni.

Per costoro è possibile una sorta di sospensione delle tutele che, come si è appena illustrato, sono garantite ai pazienti “normali”. E' infatti previsto che un ristretto numero di pazienti possa essere “gestito” in modo da limitare al massimo il contatto con gli altri pazienti del reparto. Costoro, “se non

423 MHA *Code of Practice*, par. 15.56-57.

424 Se preso alla lettera, questo requisito sembra in realtà difficile da soddisfare.

425 MHA *Code of Practice*, par. 15.60.

426 “By this it is meant that they present a risk to others which is a constant feature of their presentation and is not subject to amelioration by a short period of seclusion combined with any other form of treatment”: MHA *Code of Practice*, par. 15.63.

rinchiusi [*locked*] da soli in una stanza”⁴²⁷, possono essere costantemente accompagnati dal personale nei loro movimenti. L'espressione “se non rinchiusi in una stanza” lascia intendere che questa sia la condizione “normale”, mentre l'uscita – accompagnata – costituisca l'eccezione.

In questi casi, in cui dunque la prospettiva è invertita e l'isolamento risulta la condizione “normale” del paziente, le regole circa i meccanismi di *review* sembrano cambiare. Seppur non chiaramente indicato dal *Code*, pare infatti che il monitoraggio continuo e la necessità di *review* ogni poche ore, necessarie per i casi di isolamento “short-term”, non siano in questo caso richiesti⁴²⁸. La normativa, tuttavia, non tratta espressamente questo aspetto, limitandosi a specificare che “gli ospedali che intendono permettere la *longer-term segregation* devono dotarsi di una *policy* che regoli i casi in cui essa può essere utilizzata e le modalità di *review*. Tali *policies* devono prevedere che questo tipo di isolamento sia soggetto a revisione periodica da parte di un *senior clinician* che non sia coinvolto nel caso”⁴²⁹.

Piuttosto chiari sono invece i criteri per la riammissione del paziente ad un regime “normale”, in cui vi è possibilità di contatto con la generalità dei pazienti del reparto: scopo della *review* è determinare se le condizioni del paziente si sono sufficientemente stabilizzate per fare ritorno alla comunità del reparto”; la decisione “sarà presa da una *équipe* multidisciplinare in seguito ad un approfondito *risk assessment*

427 Che può essere la loro stanza da letto oltre che una stanza di isolamento (MHA *Code of Practice*, par. 15.64).

428 Nei casi di *longer-term segregation*, “the way that the patient’s situation is reviewed needs to reflect the specific nature of their management plan” (MHA *Code of Practice*, par. 15.65).

429 MHA *Code of Practice*, par. 15.66. Inoltre, “il risultato di ogni revisione (che sia interna o esterna) e le motivazioni per le quali l'isolamento deve proseguire devono essere documentate”.

ed all'osservazione del comportamento tenuto dal paziente mentre si trova insieme ad altre persone⁴³⁰.

E' proprio con riferimento alle regole poste per l'isolamento dal *Code of Practice* che la House of Lords, nella già citata sentenza *Munjaz*⁴³¹, ha avuto modo di esprimersi sul valore legale del *Code* e la sua vincolatività per gli operatori (si richiama, in merito, quanto illustrato *supra*⁴³²). La sentenza era stata emessa sotto la vigenza di una versione del *Code of Practice* precedente a quella attuale⁴³³, in cui non erano poste regole particolari per le *longer-term segregations*⁴³⁴; sembrerebbe che queste siano state aggiunte nella versione attuale⁴³⁵ proprio sulla spinta di questa pronuncia.

7.2. La prassi e le osservazioni della *Care Quality Commission*.

La *Care Quality Commission* svolge, come si è già avuto modo di osservare, un ruolo di controllo di fondamentale importanza, particolarmente negli ambiti in cui l'uso della forza viene istituzionalmente applicato, sulla base della legge – come isolamento e contenzione.

Dalle indagini della Commissione emerge spesso una seria discrepanza tra il “dover essere” previsto dalle norme e l’“essere”. In diversi casi – non sempre, per fortuna – è riscontrata una prassi “sciatta”, in cui a molte delle previsioni del *Code* non è data attuazione. Illustriamo qui le principali

430 MHA *Code of Practice*, par. 15.65.

431 *R (Munjaz) v Mersey Care NHS Trust*, cit.

432 Sez. I, par. 2.1.1.

433 Si trattava del *Code of Practice* pubblicato nel 1999.

434 Cfr. il documento *Mental Health Act 1983 - Revised Code of Practice: summary of changes from current Code*, pubblicato da UK Department of Health, *Mental Health Act Implementation Team*, 2008.

435 Risalente al 2008.

segnalazioni della *Commission* relative all'attuazione della normativa appena illustrata.

a) Isolamento.

Iniziando dall'*isolamento dei pazienti*, il *report* in primo luogo richiama l'attenzione sul fatto che non sempre pratiche che di fatto costituiscono isolamento sono riconosciute come tali, con conseguente disapplicazione delle garanzie previste per i pazienti in queste situazioni (in particolare quanto alle *review*): si tratta di una situazione che il *Code of Practice* aveva espressamente inteso evitare, ampliando la definizione del concetto stesso di isolamento⁴³⁶.

In altri casi, pur riconosciuta una situazione come vero e proprio isolamento, non vengono effettuate dal personale revisioni adeguate, nel *quantum* e nel *quomodo*.

Alcuni esempi, privi di valore statistico ma riportati dalla *Commission* come significativi: con riferimento ad un reparto visitato, su nove casi documentati di isolamento nel periodo di riferimento, solo per due di essi un medico era stato contattato ed aveva valutato la situazione⁴³⁷, nonostante il *Code* richieda che un medico o un *approved clinician* si rechi sempre immediatamente sul posto, a meno che non si tratti di un isolamento di brevissima durata⁴³⁸. In diversi altri casi, inoltre, si è rilevato che i medici giungono sul posto solo dopo varie ore, non, dunque, *immediatly*⁴³⁹. Ancora, in un isolamento durato quarantatré ore un medico, dopo un iniziale controllo, ha visitato il paziente solo dopo diciannove ore dalla precedente

436 *Supra*, nota 414.

437 In uno di questi due casi, inoltre, il medico era giunto solo dopo due ore dalla cessazione dell'isolamento: *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 44.

438 *MHA Code of Practice*, par. 15.49.

439 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 44.

valutazione (ciò, osserva la *Care Quality Commission*, in assenza di ogni apparente motivo per discostarsi dalla procedura prevista dal *Code*).

In alcuni casi a discostarsi dalla normativa è una prassi tanto radicata da essere espressamente inserita nei “piani terapeutici” definiti per taluni pazienti, nei quali, ad esempio, si prevede che l’isolamento debba durare “almeno ventiquattr’ore”, contravvenendo all’indicazione di prostrarlo per il più breve tempo possibile⁴⁴⁰.

Sotto un altro profilo, è stata segnalata in alcuni casi l’inadeguatezza dei locali utilizzati come stanza di isolamento, per i quali il *Code* raccomanda la predisposizione di un ambiente “suitable (...) that takes account of the patient’s dignity and physical wellbeing”, oltre, ovviamente, a locali “adequately furnished, heated, lit and ventilated”⁴⁴¹. L’inadeguatezza è stata riscontrata ad esempio nel caso di una stanza totalmente vuota, priva anche di un materasso sul quale il paziente potesse distendersi; o in casi in cui le condizioni generali della stanza erano tali da compromettere la dignità dei pazienti: “[p]art of the rubber wall coating has come away, the sink needs to be assessed with regards to potential self-harm, the room smells of urine and there is no clock available for patients to see”⁴⁴², o stanze prive di accesso a servizi igienici. Oltre a costituire una violazione in sé dei diritti dei pazienti, è facile intuire come condizioni ambientali disagiate possano portare ad un aggravamento del comportamento che ha

440 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 45.

441 *MHA Code of Practice*, par. 15.47 e 15.60.

442 Più volte la *Commission* ha notato l’assenza di orologi a portata di vista dalla stanza di isolamento, ritenendo ciò potenzialmente “very disorientating, particularly over longer periods” (*Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 46).

condotto ad isolare il paziente; non a calmarlo, quanto ad agitarlo⁴⁴³.

Quanto ai presupposti per l'“attivazione” dell'isolamento, infine, la Commissione segnala casi in cui i pazienti sono stati isolati pur presentando solo episodi di autolesionismo, senza pericolo per altre persone, nei quali sarebbe stato opportuno prendere altre misure a salvaguardia della salute del paziente.

In conclusione, la Commissione ritiene necessaria una maggior attenzione alla necessità di cura e sostegno del paziente, sia nel corso che in seguito all'isolamento, ed invita alla consapevolezza del fatto che “the act of isolating a patient is likely to do some harm”⁴⁴⁴.

b) Contenzione.

Per quanto riguarda la contenzione – il riferimento generico è alla contenzione fisica⁴⁴⁵ –, la *Care Quality Commission* ritiene che “le pratiche di *restraint* applicate in molti ospedali siano generalmente sicure ed appropriate”, anche grazie alla presenza di personale in qualche modo “trained” circa i metodi di contenzione e l'approccio “relazionale” alle situazioni potenzialmente conflittuali.

Con riferimento alla contenzione fisica, la Commissione ritiene che “se effettuata in modo corretto, possa essere vista come un intervento positivo dai pazienti sui quali viene applicata”⁴⁴⁶.

Nonostante queste incoraggianti affermazioni, numerosi sono gli aspetti definiti “preoccupanti” dalla *Care Quality Commission* con riferimento a queste pratiche. Prima di

443 *Ibidem*, p. 45.

444 *Ibidem*, p. 46.

445 Per le riflessioni specificamente dedicate dalla CQC alla contenzione meccanica, v. *infra*, in questo paragrafo.

446 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 47.

analizzare tali preoccupazioni, è opportuno segnalare come il problema della contenzione e dell'abuso di questo mezzo non sia da sottovalutare. Il fenomeno della “morte da contenzione” è molto noto, e su di esso sono stati effettuati numerosi studi⁴⁴⁷. Nel *report* pubblicato in relazione al periodo 2010/2011, la Commissione aveva già espresso preoccupazione per la carenza di formazione nelle tecniche di controllo e contenzione, riferendosi, in particolare, ai casi di decesso in seguito a contenzione (il riferimento specifico era al decesso di tre pazienti trattenuti, morti mentre erano contenuti in posizione prona; in questi casi “le indagini avevano riscontrato che la carenza nella formazione del personale aveva contribuito a cagionare [la morte dei pazienti]”⁴⁴⁸).

Proprio per monitorare questo fenomeno è stato istituito un ente pubblico britannico, l'*Independent Advisory Panel (IAP) on Deaths in Custody*, parte del *Ministerial Council on Deaths in Custody*. Lo IAP, tra le numerose informazioni diffuse, informa che “[t]here were 3,810 deaths of detained patients between 1999 and 2009. These account for approximately 60% of all deaths in state custody”⁴⁴⁹. I dati comprendono anche i decessi causati da suicidio; si tratta, comunque, di un numero piuttosto elevato, in attesa di studi che ne analizzino le cause, come si propone di fare un gruppo di ricerca in seno all'*Independent Advisory Panel (IAP) on Deaths*

447 Si v. ad esempio Aiken F., Duxbury J., Dale C., Harbison I., *Review of the Medical Theories and Research Relating to Restraint Related Deaths*, pubblicato da *Caring Solutions (UK)* e *University Of Central Lancashire*, 2011; *ivi* numerosi ulteriori riferimenti bibliografici.

448 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, p. 52, reperibile all'indirizzo www.cqc.org.uk.

449 Tratto dal sito ufficiale dello IAP, <http://iapdeathsincustody.independent.gov.uk>. Il dato si riferisce ai decessi di pazienti ricoverati soggetti al MHA.

in Custody, concentrando l'attenzione sulle morti derivanti da "cause naturali"⁴⁵⁰, "particularly those that could be viewed as premature"⁴⁵¹. Una delle poche ricerche⁴⁵² effettuate sul tema⁴⁵³ ha individuato, con riferimento al decennio 1998-2009 (ma senza alcuna pretesa di esaustività⁴⁵⁴), ventinove casi di morte sicuramente o potenzialmente ricollegabili in modo diretto alla contenzione. In dodici di questi la vittima soffriva di un disturbo mentale, mentre solo⁴⁵⁵ cinque hanno avuto luogo durante la detenzione del paziente *ex MHA*⁴⁵⁶. Altre fonti hanno riscontrato 348 casi di "Sudden unexplained death"⁴⁵⁷ tra

450 Sembrerebbe che con questo termine lo IAP si riferisca ai decessi non volontariamente causati (suicidio o omicidio).

451 Dati tratti dal sito internet dell'*Independent Advisory Panel (IAP) on Deaths in Custody*, parte del *Ministerial Council on Deaths in Custody* (iapdeathsincustody.independent.gov.uk).

452 "*Themes from the Independent Advisory Panel (IAP) on deaths in custody review of rule 43 reports, narrative verdicts and investigations reports where restraint was identified as a direct cause of contributory factor in the death*", reperibile in <http://iapdeathsincustody.independent.gov.uk>.

453 Si vedano anche i dati raccolti dallo IAP ed illustrati nel documento "Statistical Analysis of all recorded deaths of individuals detained in state custody between 1 January 2000 and 31 December 2010", pubblicato nell'ottobre 2011, in particolare p. 16 e appendice II.

454 Il gruppo di ricerca lamenta ad esempio di non aver avuto accesso agli "original investigative reports from the Independent Police Complaints Commission".

455 Bisogna tenere presente che questi numeri, per assumere una qualche rilevanza statistica, dovrebbero essere raffrontati al numero totale di soggetti trattenuti nel quadro del MHA rispetto al numero dei soggetti per altri motivi sottoposti a "State custody" (la grande maggioranza sarà composta da detenuti in carcere).

456 Più precisamente durante la detenzione effettuata dalla polizia *ex s* 136 del MHA.

457 Sul fenomeno della SUD si v. ad es. Appleby L., Thomas S.,

i pazienti psichiatrici trattenuti nel periodo 1999-2007, delle quali quattro avvenute dopo una contenzione di almeno ventiquattr'ore⁴⁵⁸.

I “nodi critici” individuati dalla *Commission* nelle prassi rilevate in merito alla contenzione sono i seguenti.

In primo luogo, sono stati rilevati alcuni casi di vera e propria “contenzione abusiva”, in cui il *restraint* (o altre forme di maltrattamento) è stato intenzionalmente utilizzato a scopo punitivo, o per umiliare i pazienti. Anche se situazioni di questo tipo non sono frequentemente segnalate, la *Care Quality Commission* sottolinea la gravità di alcuni casi denunciati⁴⁵⁹, ed esorta le strutture ospedaliere ad indagare sui fatti (segnalandoli, ovviamente, anche alle autorità giudiziarie), ad avviare azioni disciplinari contro gli autori degli abusi e a prendere misure concrete per evitare che i pazienti che denuncino i maltrattamenti possano essere fatti oggetto di ritorsioni.

Vi sono poi altre situazioni, in cui la pratica della contenzione è “poor but not malicious”. Tra esse vi sono i casi in cui non vi è una adeguata documentazione degli episodi di contenzione, tanto che in alcuni reparti non è stato possibile per la *Care Quality Commission* reperire sufficienti informazioni

Farrier N., Lewis G., Shaw J., Amos T., *Sudden unexplained death in psychiatric in-patients*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2000, 176, pp. 405 s.

458 “*The National Confidential Inquiry into Suicide and Homicide by People with Mental Illness Annual Report*”, Università di Manchester, 2011. Sul punto il documento specifica che non è possibile fornire dati certi circa l’effettiva correlazione causale tra *restraint* e successiva morte. Un’analisi delle cause di morte tra i pazienti soggetti al MHA si può trovare anche nel report della *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, cit., pp. 61 ss.

459 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 48.

circa i casi di contenzione avvenuti nelle settimane e nei mesi precedenti⁴⁶⁰, in netto contrasto con le raccomandazioni del *Code of Practice*. Inoltre, in alcuni reparti vi è carenza di attività terapeutiche; carenza che preoccupa la *Care Quality Commission* perchè la mancanza di attività corrisponde, statisticamente, ad un aumento nella frequenza degli “incidenti” in reparto (che a loro volta possono portare alla necessità di contenere i pazienti).

La *Care Quality Commission* critica, inoltre, l’assenza di regole chiare per quanto riguarda formazione e aggiornamento del personale in tema di contenzione. La formazione⁴⁶¹ in questo settore è di grande importanza: è stato provato, tra l’altro, che essa “aiuta a ridurre il tasso di contenzione e isolamento, nonché l’uso inappropriato [di questi strumenti], e gli infortuni per pazienti e personale”⁴⁶². Ciò rimane valido anche se non bisogna dimenticare che nei casi complessi “anche personale perfettamente formato e scrupoloso può non agire sempre correttamente”⁴⁶³, ed anche quando la contenzione è eseguita “a regola d’arte” le autorità devono assicurare che costituisca sempre una misura di “last resort”⁴⁶⁴.

La *Care Quality Commission* segnala, infine, senza di prendere per il momento posizione su di essa, una questione che

460 *Ibidem*.

461 Una formazione che dia “sufficient emphasis to verbal crisis management and de-escalation techniques as well as to methods of physical restraint” ed in cui il personale sia “trained to identify ‘red flags’ of escalating behaviour in patients”, ma anche “to recognise warning signs (anger, indifference, impatience, fear, or judgment rather than empathy) among themselves and their colleagues”, e che sia frequentemente ripetuta “so that staff are continually reminded of positive behaviour practices and remember what to do when an incident arises” (*ivi*, p. 49).

462 *Ibidem*.

463 *Ibidem*.

464 *Ivi*, p. 50.

ritiene necessario approfondire: si tratta dell'intervento delle forze di polizia nei reparti psichiatrici, chiamate per coadiuvare il personale sanitario nella gestione di comportamenti disturbati. La questione viene lasciata aperta (la CQC prenderà probabilmente una posizione sul punto nel prossimo *report*).

Una specifica modalità di intervento della polizia su pazienti soggetti al MHA è, invece, espressamente disapprovata dalla Commissione: si tratta dell'uso, da parte degli agenti, di pistole *Taser* sui pazienti, documentato in alcune occasioni⁴⁶⁵. Le pistole *Taser* sono armi che inviano impulsi elettrici sul soggetto colpito, provocando su di esso un effetto simile a quello di un elettroshock. Catalogate come armi "non letali", sono da tempo oggetto di discussione in particolare negli Stati Uniti, ove Amnesty International ha fatto presente⁴⁶⁶ che tra il 2001 ed il 2008 ben 334 persone sono morte dopo essere state colpite da una pistola *Taser*⁴⁶⁷. "Gli studi esistenti – molti dei quali finanziati dall'industria – ritengono questi strumenti generalmente poco rischiosi se utilizzati su adulti sani"; tuttavia, nota Amnesty, si tratta di "studi incompleti", che non approfondiscono i rischi – segnalati da ricerche indipendenti – derivanti dall'uso di questi strumenti su "persone vulnerabili,

465 *Ibidem*.

466 Cfr. la nota del 16 dicembre 2008 intitolata "*Tasers – potentially lethal and easy to abuse*" di Amnesty International, il documento "*USA: Stun weapons in law enforcement*" e soprattutto l'approfondito *report* intitolato "*Less than lethal? The use of stun weapons in US law enforcement*", entrambi risalenti al 2008 e reperibili all'indirizzo www.amnesty.org.

467 Il nesso causale tra l'uso della pistola ed il decesso non è stato accertato in tutti i casi: anzi, chiarisce Amnesty, "most of the 334 deaths nationwide have been attributed to factors such as drug intoxication"; tuttavia "medical examiners and coroners have concluded that Taser shocks caused or contributed to at least 50 of these deaths" (nota "*Tasers – potentially lethal and easy to abuse*", cit.).

sotto l'effetto di droghe o con problemi di salute"⁴⁶⁸. Poiché i pazienti ricoverati in reparti psichiatrici sono quasi costantemente sotto l'effetto di psicofarmaci e si trovano spesso in condizioni di salute precaria, sembra corretto obiettare all'utilizzo di queste armi su tali pazienti, come fa la *Care Quality Commission*, seppur timidamente⁴⁶⁹.

Da ultimo, il *report* tratta il tema della contenzione meccanica. Questa forma di contenzione è guardata con preoccupazione dalla *Care Quality Commission* che invoca, in primo luogo, l'istituzione di una procedura di segnalazione formale per ogni caso di contenzione meccanica, per permettere di ricostruire un quadro reale dei casi e dei modi di utilizzo di questo strumento. L'indagine circa la contenzione meccanica nelle strutture sanitarie si rivela, infatti, difficoltosa; non solo per l'assenza di un obbligo di segnalazione, quanto per il diffuso utilizzo di strumenti che pur costituendo in sostanza strumenti di contenzione, non sono riconosciuti come tali. Si tratta, prevalentemente, di quegli strumenti che non impediscono del tutto i movimenti dei pazienti e che spesso

468 Il documento aggiunge che “[r]ecent independently-funded animal studies have found that the use of these kinds of electro-shock weapons can cause fatal arrhythmias in pigs, raising further questions about their safety on human subjects. It was also recently reported that nearly ten per cent of 41 Tasers tested in a study commissioned by the Canadian Broadcasting Corporation, delivered significantly more current than the manufacturer said was possible, underscoring the need for independent verification and testing of such devices” (*ibidem*).

469 Queste le parole della CQC: “It is of great concern that a Taser was used within hospital premises in this way. It may be that the use of a Taser can never be ruled out in this context, but any incidence of its use should trigger a thorough consideration of whether the staffing of the hospital unit is adequate to maintain safety, both in terms of staff numbers and staff training”. *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 50.

sono utilizzati per prevenire le cadute accidentali: in particolare le barre al lato dei letti di degenza e le “supportive chairs”⁴⁷⁰. Anche questi andrebbero, sottolinea la Commissione, considerati strumenti contenitivi e regolati come tali. Le manette ai polsi, invece – talora utilizzate sui pazienti psichiatrici, soprattutto dalla polizia nell’accompagnarli nei reparti di ricovero – dovrebbero per lo più essere sempre bandite⁴⁷¹.

Quanto agli altri strumenti di contenzione fisica, la Commissione sembra orientata a darne una valutazione caso per caso, a seconda dell’effettiva necessità di utilizzo e delle condizioni del paziente⁴⁷².

Contrariamente agli altri tipi di contenzione, quello della

470 *Ibidem*. Anche strumenti apparentemente “innocui”, perché volti a prevenire infortuni accidentali, sono in realtà molto controversi: le barre a lato dei letti, ad esempio, sono oggetto di forti critiche e sono ritenute la causa di numerose cadute accidentali o infortuni di diverso tipo (es. soffocamento) avvenuti proprio a causa della loro presenza. Cfr. ad es. l’articolo di Ron Nixon, *After dozens of deaths, inquiry into bed rails*, pubblicato sul *New York Times* del 26 novembre 2012.

471 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., pp. 50 s. (“[t]he use of handcuffs without justification is likely to be a clear and actionable breach of a patient’s human rights”) e *Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, cit., p. 53.

472 I casi esemplificativi richiamati dalla CQC nei due *report* citati alla nota precedente hanno ad oggetto in un caso l’approvazione dell’utilizzo di cinture per legare i polsi di una paziente, la cui vita era posta a rischio dai ripetuti e gravi atti autolesionistici; in un secondo caso l’utilizzo di vari strumenti per limitare i movimenti dei pazienti per prevenire atti autolesionistici, ammessi – in presenza di precise linee guida ospedaliere sull’uso della contenzione meccanica – perché avrebbero altrimenti richiesto la contenzione fisica da parte di uno o più infermieri per lunghi periodi di tempo; infine, l’uso di una sorta di guanto legato ai polsi del paziente, anche in questo caso per impedire atti autolesionistici, ammesso perché “utilizzato come *last resort* ed in linea con i principi e i requisiti posti dal *Code of Practice*”.

contenzione farmacologica non è, in questi *reports*, autonomamente studiato dalla *Care Quality Commission*; rimane da chiarire se ciò si debba al mancato riconoscimento dell'uso di farmaci sedativi come metodo contenitivo alternativo alla contenzione fisica ed a quella meccanica – nonostante anche il *Code* sembri riconoscerlo come tale⁴⁷³ – o se altri motivi abbiano condotto la commissione a non esporre in questa sede le proprie riflessioni in merito.

Nei *reports* – in particolare quelli redatti dalla *Mental Health Act Commission* – si trovano, comunque, riferimenti in merito. Trattando della cd. “antipsychotic polypharmacy”, ad esempio, la MHAC, oltre ad esortare alla cautela nell'uso di questa tecnica⁴⁷⁴, nota come molto frequentemente tali farmaci siano prescritti congiuntamente allo scopo di controllare i disturbi comportamentali dei pazienti (è così per il 45% di tutte le “prescrizioni combinate”); l'8% di queste prescrizioni, inoltre, è volta a controllare le aggressioni auto o etero lesive. Dai dati raccolti emerge dunque quanto nella prassi si faccia grande affidamento sugli effetti sedativi dei farmaci, di fatto, come commenta la MHAC, prescrivendoli non tanto per il loro scopo principale, quanto piuttosto per i loro *effetti collaterali*, senza rivolgere l'attenzione alle altre possibili cause dei disturbi comportamentali riscontrati⁴⁷⁵.

473 Cfr. *supra*, par. 3.9.1. Riportiamo qui per comodità un passo, già citato, del MHA *Code of Practice*, par. 15.15: “[w]herever practicable, the circumstances (if any) in which medication is to be used as a response to episodes of particularly disturbed behaviour should be established in advance in each patient’s treatment plan. The use of medication as an unplanned response to disturbed behaviour should be exceptional. Medication should never be used to manage patients as a substitute for adequate staffing”.

474 Per le raccomandazioni dettagliate si rimanda al *report Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007, Mental Health Act Commission*, cit., par. 6.32 ss., particolarmente par. 6.34.

475 *Ibidem*, par. 6.35.

8. I poteri di controllo del personale sanitario sul paziente e le comunicazioni con l'esterno.

Nella pratica, all'interno di un reparto psichiatrico, il personale sanitario esercita un grande potere di controllo sulla vita dei pazienti, che va oltre la sottoposizione a terapie o l'imposizione di mezzi di contenzione. Il controllo si estende ai luoghi ove i pazienti possono recarsi all'interno del reparto e a quelli vietati, agli effetti personali che possono tenere con sé, ai contatti telefonici o informatici con l'esterno, ed altro. Si tratta di poteri di controllo in parte nascenti da esigenze comuni alla maggior parte dei luoghi di convivenza, non solo ospedalieri, dettati cioè dalla necessità di mantenere l'ordine e la tranquillità degli ambienti comuni per renderli adeguatamente fruibili a tutti i residenti. In un reparto psichiatrico, tuttavia, il controllo sui pazienti è rivolto anche alla cura dello stesso e finalizzato alla tutela da atti auto o eterolesivi.

Questo genere di poteri di controllo, pur estremamente rilevanti nel concreto svolgimento della vita nei reparti psichiatrici e, dunque, nel determinare gli “spazi di libertà” concessi ai pazienti ricoverati, non sono disciplinati dal MHA – con l'unica eccezione delle regole poste in relazione alla censura sulla corrispondenza dei pazienti da parte delle autorità sanitarie⁴⁷⁶.

Solo il *Code of Practice* – fonte secondaria e non vincolante quanto il MHA – dedica un certo spazio alla regolamentazione di queste forme di controllo, nella sezione dedicata al tema “*privacy and safety*”⁴⁷⁷. Tra le norme fondamentali che governano questo settore, il *Code* richiama l'art. 8 Cedu, ricordando – pleonasticamente – che esso si applica anche ai pazienti soggetti al MHA e trattenuti nei

476 MHA, s 134. Sul punto v. *infra*, in questo paragrafo.

477 MHA *Code of Practice*, cap. 16.

reparti psichiatrici. Come regola generale, inoltre, il *Code* dispone che il personale sanitario “si sforzi consapevolmente di rispettare la *privacy* dei pazienti, mantenendo al contempo la sicurezza [del luogo di degenza]”⁴⁷⁸.

Il primo aspetto ad essere regolato è quello dell'utilizzo, da parte dei pazienti e degli eventuali visitatori, del telefono, ed in particolare dei telefoni cellulari. Rinviando alla lettura del *Code* per approfondimenti, è possibile qui illustrare sinteticamente i principi⁴⁷⁹ posti a fondamento della disciplina del settore. Il criterio generale che informa i vari paragrafi del *Code* sembra essere la minimizzazione delle limitazioni alla libertà di comunicazione: proprio perché i pazienti sono trattenuti, “la possibilità di comunicare con famiglia ed amici deve essere, per quanto possibile, mantenuta”⁴⁸⁰ ed, anzi, incoraggiata⁴⁸¹. L'eventuale divieto all'uso del telefono non può essere generalizzato, ma deve essere rivolto a persone o luoghi specifici, sulla base di decisioni annotate in documenti ufficiali e periodicamente *reviewed*.

I telefoni fissi a gettone, presenti in ospedale, devono poter essere utilizzati dai pazienti con un grado di *privacy* “appropriato”.

Per quanto riguarda i telefoni cellulari, non può essere posto un divieto assoluto al loro utilizzo “eccetto che nei reparti ad alta sicurezza, per la protezione di terze persone”. Quanto alla possibilità di effettuare riprese audio/video con i telefoni cellulari, queste possono essere vietate a tutela della *privacy* degli altri pazienti e del personale del reparto. Per il resto, divieti all'uso del telefono possono essere posti in certi luoghi

478 MHA *Code of Practice*, par. 16.2.

479 Si tratta, in effetti, di *principi* più che di *regole*; la predisposizione di regole puntuali è dal *Code*, come in altri settori, delegata alle *policies* che ciascun ospedale deve adottare.

480 MHA *Code of Practice*, par. 16.4.

481 *Ivi*, par. 16.3.

del reparto, per motivi specifici (ad esempio per evitare interferenze con le apparecchiature mediche, di disturbare la quiete degli spazi comuni, o per l'impossibilità di capire se la modalità "registrazione video" del telefono sia attiva o meno).

Quanto all'utilizzo di *e-mail* ed internet, invece, il *Code* dà pochissime indicazioni⁴⁸², rinviando per il resto a linee guida da definirsi da parte di ciascun ospedale.

Anche in questo settore – accesso a telefono, corrispondenza ed internet – sono di grande utilità i *reports* della *Mental Health Act Commission*, che completano il quadro descrivendo la realtà ospedaliera nel suo quotidiano svolgimento.

Numerosi sono i dati relativi alle effettive possibilità, per i pazienti, di comunicare con l'esterno attraverso i canali descritti; tra questi, particolarmente interessanti sono quelli relativi all'accesso ad internet⁴⁸³, che risulta carente o impossibile in numerosi ospedali: "many detained patients express a wish to access the internet whilst in hospital, although this is often unavailable". La MHAC sottolinea l'utilità di questo strumento⁴⁸⁴, ed esorta le autorità ospedaliere a renderne

482 Unico criterio posto è che tali linee guida devono vietare l'accesso a materiali illegali o "altrimenti inopportuni" (*MHA Code of Practice*, par. 16.7).

483 Un altro aspetto significativo segnalato dalla MHAC riguarda, inoltre, la mancanza della necessaria *privacy* per l'utilizzo del telefono "pubblico" da parte dei pazienti, in contrasto con quanto previsto dalla normativa vigente.

484 "Internet access can provide leisure and education opportunities for patients (on more than one occasion in this period we have met with long-stay patients who wish to undertake Open University courses), and can play such a significant part in patients' lives outside hospital that its unavailability may appear to be a privation. Many people now use e-mail to keep in contact with friends and family" (*Mental Health Act Commission, Risk, Rights Recovery, Twelfth Biennial Report 2005-2007*, cit., par. 2.118).

possibile l'utilizzo ai pazienti per i quali non vi siano particolari problemi di sicurezza⁴⁸⁵.

In alcuni reparti dove l'uso di internet è consentito, è tuttavia vietato (e di fatto tecnicamente impossibile) l'accesso ai *provider* di posta elettronica: ciò, nota la Commissione, “can lead to loss of contact with family or friends, including ‘virtual’ friends who may play a large role in an otherwise isolated person’s life outside of hospital. Except in particular secure hospitals, we do not believe that blanket bans on access to the internet can be justified”⁴⁸⁶.

La disciplina della censura sulla corrispondenza cartacea è invece, come si è accennato *supra*, disciplinata direttamente dal MHA, che dispone che le autorità ospedaliere possano trattenere lettere e pacchetti postali *inviati dal paziente* – se si ritiene che essi possano cagionare “distress” al destinatario o ad altre persone, o siano fonte di pericolo – *o a questi indirizzati* – se si ritenga necessaria la censura “nell’interesse della sicurezza del paziente o per la protezione di altre persone”⁴⁸⁷. La decisione di trattenere una lettera o un pacco deve essere sempre documentata e comunicata al paziente (nonché, eventualmente, al mittente della corrispondenza)⁴⁸⁸. La corrispondenza da o verso soggetti “sensibili” – quali membri del Parlamento, assistenti legali del paziente, autorità sanitarie o, infine, autorità giudiziarie quali il *Mental Health Review*

485 *Ibidem*: “We encourage all other hospitals to consider ways in which patients might be provided with internet access, and recommend that all long-stay units should have an IT facility with more than one terminal for general computing and internet access, available to any patient for whom such access is not a security problem”.

486 Mental Health Act Commission, *Thirteenth Biennial Report 2007–2009, Coercion and consent*, cit., par. 1.122.

487 MHA, s 134.

488 MHA, s 134 (5) e (6).

*Tribunal*⁴⁸⁹ e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – è tutelata e non può essere soggetta a censura (tutta la corrispondenza può, tuttavia, essere comunque ispezionata al fine di decidere in merito alla censura).

La decisione di trattenere la corrispondenza da o verso il ricoverato può essere impugnata, entro sei mesi, davanti alla *Care Quality Commission* (ex *Mental Health Act Commission*) da parte del paziente interessato o del mittente⁴⁹⁰.

Tornando alle disposizioni del *Code* relative ad altre forme di controllo dei pazienti, troviamo altresì alcune indicazioni circa il controllo sugli effetti personali dei ricoverati e le regole da rispettare nelle perquisizioni ed ispezioni sulla persona dei pazienti e nei locali in cui vivono.

La disponibilità di armadietti richiudibili⁴⁹¹ ove i pazienti possano riporre le cose di loro pertinenza e di uso quotidiano è indicata come necessaria. Gli oggetti di valore, o per quelli la cui presenza in reparto è ritenuta pericolosa, devono invece essere depositati in un luogo sicuro, a cura del personale ospedaliero⁴⁹².

Quanto alle perquisizioni personali e locali, il *Code* rinvia alle linee guida predisposte da ciascun ospedale. Tali linee guida devono garantire che lo scopo delle perquisizioni sia la creazione di un ambiente adatto allo svolgimento delle terapie e

489 Sul quale v. *infra*, al paragrafo seguente.

490 MHA, s 121 (7). Per i dati circa la frequenza e l'esito delle opposizioni ai provvedimenti di trattenimento della corrispondenza, cfr. i *reports* della MHAC ed in seguito della CQC. Particolarmente ricco di informazioni sul punto è il *Thirteenth Biennial Report 2007–2009*, della MHAC, intitolato *Coercion and consent*, cit., par. 1.123 ss.

491 Il personale deve comunque poter accedere a questi spazi.

492 Della decisione relativa, del luogo di deposito e delle altre informazioni sul punto deve essere data piena informazione, anche per iscritto, al paziente (MHA *Code of Practice*, par. 16.8).

sicuro per pazienti, personale e visitatori; le perquisizioni devono essere effettuate nel rispetto della legge⁴⁹³ e della dignità del paziente; l'invasione della sua *privacy* deve essere ridotta al minimo, ed ogni perquisizione deve essere dettagliatamente documentata. La ricerche “random” o di routine sono consentite solamente in circostanze specifiche che giustificano il bisogno di “additional security”⁴⁹⁴.

Regola generale è che le perquisizioni vengano effettuate con il consenso dell'interessato; ove questi invece si rifiuti, per procedere deve essere contattato – “se possibile” – il *responsible clinician*: se la perquisizione è ritenuta necessaria e non vi sono controindicazioni dal punto di vista clinico è possibile procedere. Se, oltre a un mero dissenso, il paziente oppone una vera e propria *resistenza fisica* alla perquisizione, per procedere deve essere effettuato anche un *multidisciplinary assessment* – sempre salvo urgenze⁴⁹⁵.

Inoltre, il *Code* richiede che nei reparti vi sia una netta distinzione tra ambienti destinati alla cura di soggetti maschili e femminili. Particolare enfasi è posta, ovviamente, sulla separazione della “zona notte” e dei bagni, ma la stessa regola deve essere seguita anche per le “day rooms” – salvo situazioni contingenti in cui la cura di un soggetto debba venir effettuata in ambienti destinati a pazienti di genere opposto⁴⁹⁶.

Bisogna precisare, tuttavia, che le regole fin qui esposte quanto a *privacy & safety* sembrano non avere valenza generale. In primo luogo, come si è potuto notare il *Code* si preoccupa di specificare in molti passi che determinate regole

493 Il riferimento, ovviamente, è alla normativa che disciplina in Gran Bretagna le perquisizioni. Importante, sottolinea il *Code*, è che “hospital staff are aware of whether they have legal authority to carry out any such search” (MHA *Code of Practice*, par. 16.11).

494 MHA *Code of Practice*, par. 16.12.

495 *Ivi*, par. 16.22 ss.

496 MHA *Code of Practice*, par. 16.9.

valgono “salvo urgenze” o “salvo che le circostanze rendano necessario agire altrimenti”⁴⁹⁷, e che certe procedure poste a tutela del paziente devono avere luogo solo “se possibile”⁴⁹⁸. Sono insomma generalmente ammesse eccezioni motivate da circostanze particolari, da valutarsi di volta in volta. Posto che il *Code* non ha una vincolatività assoluta per gli operatori⁴⁹⁹, nemmeno in relazione alle regole da esso presentate come inderogabili, il fatto che in questo settore sia spesso espressamente ammessa la facoltà di discostarsi dalla disciplina delineata appare piuttosto significativo.

Sembra, inoltre, che tale “libertà” trovi particolare applicazione nei reparti predisposti per offrire “enhanced levels of physical security”, cui sono destinati pazienti che costituiscano un “particolare pericolo per sé stessi o per altri”⁵⁰⁰. Nonostante il *Code* non chiarisca espressamente in che termini, o secondo quali criteri, le regole generali possano essere disattese in questi luoghi, sembra ammettere che in essi venga adottato un regime più costrittivo per i pazienti⁵⁰¹, avvalendosi della possibilità, suggerita dal *Code* stesso, di discostarsi dalle regole generali (le uniche indicazioni fornite dal *Code* riguardano le procedure che governano l’assegnazione dei pazienti a questi reparti, evidentemente più “afflittivi”⁵⁰², e

497 Ad es. si v. MHA *Code of Practice*, par. 16.17 e 16.21.

498 Ad es. si v. MHA *Code of Practice*, par. 16.16.

499 V. *supra*, par. 2.1.2.

500 MHA *Code of Practice*, par. 16.28 ss.

501 Le condizioni di maggior “sicurezza fisica” possono essere non solo congiunte, ma anche *in sostituzione di un’assistenza intensiva da parte del personale sanitario*.

502 Il *Code* richiede che, prima di decidere sull’assegnazione di un paziente ad un reparto di questo tipo, il *responsible clinician* consulti un’équipe multidisciplinare e si assicuri che siano stati attentamente bilanciati il grado di rischio che induce a elevare il livello di sicurezza per quel paziente e le condizioni cliniche del paziente. L’assegnazione ad un reparto ad elevata sicurezza può, ovviamente,

la durata del ricovero, che deve protrarsi per il periodo minimo necessario).

Allo scopo di disciplinare con maggior chiarezza la gestione di *safety* e *security* negli ospedali “ad alta sicurezza”, sono state emanate delle linee guida (“guidance”) ministeriali specificamente destinate a tre strutture ospedaliere di questo tipo⁵⁰³. Il testo regola alcuni aspetti del controllo dei pazienti in tali strutture, ammettendo espressamente delle restrizioni alla libertà dei pazienti la cui legittimità sarebbe altrimenti stata quantomeno dubbia: si pensi ad es. alla chiusura routinaria di alcuni pazienti nelle proprie stanze durante le ore notturne.

Come abbiamo visto, la definizione del concetto di *isolamento* fornita dal *Code of Practice* sembrerebbe formulata allo scopo di comprendere effettivamente qualsiasi pratica riconducibile a forme di isolamento per evitare “frodi delle etichette” volte ad eludere le garanzie previste dalla normativa. Le linee guida in oggetto, tuttavia, asseriscono che la chiusura dei pazienti nelle proprie stanze durante le ore notturne *non costituisce isolamento*. Consapevole della necessità di dare un fondamento a questa affermazione, che sembra scontrarsi con quanto previsto dal *Code of Practice* (nonché con il senso comune), l’autorità ministeriale che ha predisposto le linee guida porta a sostegno di tale posizione una interpretazione letterale proprio di quella definizione di *isolamento* data dal *Code*, che nelle intenzioni dei redattori avrebbe dovuto essere omnicomprensiva: il *Code*, si afferma, definisce l’isolamento come una “therapeutic response to disturbed behaviour” il cui proposito è quello di “control severely disturbed behaviour in

essere disposta anche da un’autorità giudiziaria nel caso di soggetti ricoverati *ex Part 3* del MHA (sul punto, v. *supra*, par. 3.9).

503 *Guidance on the High Security Psychiatric Services (Arrangements for Safety and Security in Ashworth, Broadmoor and Rampton Hospitals) Directions 2011*, Mental Health and Disabilities Division, DH, reperibile all’indirizzo www.gov.uk.

the here and now”; secondo il *Code*, “[s]eclusion should be used as a last resort and for the shortest possible time. Seclusion should not be used as a punishment or threat, it should not be used as part of a treatment programme, because of shortage of staff or where there is any risk of suicide or self-harm”. Il “night-time confinement” previsto dalle *guidance* per gli *high security hospitals*, invece, costituisce un’operazione di routine: si tratta del “pre-determined locking-in of patients (...), and not a reaction to a patient's immediate behaviour[,] (...) and will only be permitted (...) if a full risk assessment has been carried out (...) and a risk management plan prepared which must include any decision (including a date on which that decision must be reviewed) to lock the room of a patient at night”.

9. Il controllo giurisdizionale sui ricoveri psichiatrici: *First-tier Tribunal*, *habeas corpus* e *judicial review*.

Il controllo giurisdizionale della legittimità dei ricoveri e delle altre forme di restrizione della libertà disciplinati dal MHA viene effettuato in primo luogo dal “First-tier Tribunal”-sezione specializzata in salute mentale, parte della Camera “Health, Education and Social Care”⁵⁰⁴.

Il *First-tier Tribunal (Mental Health)* è subentrato nelle funzioni precedentemente affidate dal MHA al *Mental Health*

504 Per una sintetica illustrazione dell'organizzazione del *First-tier Tribunal* si v., in italiano, Macchia M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 209 ss. V. le note successive per ulteriori riferimenti sull'argomento.

*Review Tribunal*⁵⁰⁵, in seguito alla generale riforma del sistema giudiziario approvata in Gran Bretagna nel 2007⁵⁰⁶. Mentre prima della riforma le sentenze emesse dal *Mental Health Review Tribunal* potevano essere impugnate solamente richiedendo una *Judicial Review*⁵⁰⁷, è ora invece possibile proporre appello contro le decisioni di primo grado (emesse dal *First-tier Tribunal*) anche presso l'*Upper Tribunal*⁵⁰⁸ e contro quelle di quest'ultimo di fronte alla *Court of Appeal*⁵⁰⁹. Il *First-*

505 MHA, s 65 ss.

506 Si tratta del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, il cui testo è reperibile all'indirizzo web www.legislation.gov.uk. V. Macchia M., *La riforma degli amministrative tribunals*, cit. Informazioni generali sul sistema dei Tribunali emergente in seguito alla riforma e sulle procedura di appello possono essere trovate anche alle pagine ufficiali del Ministero della Giustizia britannico: www.justice.gov.uk/tribunals/aa/appeals e www.justice.gov.uk/about/hmcts/tribunals.

507 Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.192. Per le caratteristiche di tale *review*, v. *infra*, in questo paragrafo.

508 Dopo aver ricevuto – da parte del *First-tier Tribunal* che ha emesso la sentenza o del medesimo *Upper Tribunal* – il *leave* (una sorta di “autorizzazione” all’impugnazione).

509 Cfr. il *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, *Part 1, Chapter 2, Sections 11 e 13*; v. anche Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.190 ss. Per una sintesi della riforma approvata nel 2007 quanto al sistema delle impugnazioni, v. Macchia, M., *La riforma degli amministrative tribunals*, cit., si cui sia riporta un passaggio: “Con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act*, si interviene anche sulla disciplina delle impugnazioni, migliorandola e rendendola più omogenea. (...) [I] tribunali valutano il merito delle decisioni dell’ autorità pubblica, riesaminando il provvedimento finale e, se del caso, assumendo una decisione più favorevole al ricorrente. Definito il procedimento contenzioso, l’operato dei *tribunals* può essere sindacato, su istanza di parte, sia in via di *appeal*, sia in via di *judicial review*. Quanto ai primi, nell’assetto vigente ante riforma le decisioni dei tribunals erano riesaminate o da altri tribunali oppure

tier Tribunal (Mental Health) è composto, oltre che da giudici togati⁵¹⁰ da membri di formazione non legale: in particolare medici psichiatri⁵¹¹, ma anche altri operatori della salute mentale.

La richiesta di *Judicial Review* costituisce un ulteriore strumento per impugnare i provvedimenti dei tribunali. La recente introduzione della possibilità di appello presso l'*Upper Tribunal* – permettendo un vaglio più approfondito della decisione impugnata rispetto a quello che, come vedremo, è possibile nella *judicial review* – ha notevolmente ridotto la necessità di richiedere quest'ultima; tuttavia in alcuni casi è ancora utilizzata. In sintesi, la *judicial review* è una procedura attraverso la quale è possibile “seek to challenge the decision, action or failure to act of a public body such as a government department or a local authority or other body exercising a public law function. If you are challenging the decision of a court, the jurisdiction of judicial review extends only to decisions of inferior courts. It does not extend to decisions of the High Court or Court of Appeal”⁵¹². Attraverso la *judicial*

erano appellabili dinanzi alla *High Court*, ma nei soli casi previsti dalla legge. Ora una decisione del *First-tier Tribunal* può essere impugnata, per motivi di legittimità («on a point of law»), dinanzi all'*Upper Tribunal*, la cui decisione è a sua volta appellabile dinanzi ad una corte ordinaria. È previsto un diritto di appello presso la *Court of Appeal*, circoscritto «to points of law of general importance».

510 Si tratta, ovviamente, di una traduzione “libera”, utilizzata in modo non strettamente tecnico per rendere immediatamente comprensibile il concetto a lettore italiano.

511 Per una descrizione del ruolo svolto da tale figura in seno al Tribunale cfr. anche la testimonianza riportata all'indirizzo <http://jac.judiciary.gov.uk/1436.htm>.

512 Definizione tratta dal documento del Governo britannico “*Administrative Court Guidance. Notes for guidance on applying for judicial review*”, section 2, reperibile all'indirizzo www.justice.gov.uk.

review il giudice può esprimersi sulla legittimità (“lawfulness”) di una decisione o dell’azione di un *public body*. In altre parole, “con la *judicial review* può essere sindacato il modo in cui è stata presa una decisione, piuttosto che la correttezza o meno del merito della decisione stessa”⁵¹³; la Corte pertanto “non sostituirà [a quella impugnata] la decisione che ritiene essere ‘corretta’. Ciò significa che il *public body* potrà in seguito prendere la medesima decisione, sempre che adotti a tal fine un procedimento legittimo”.

Ulteriore modalità di intervento giurisdizionale nel campo del MHA è l’*Habeas Corpus*⁵¹⁴, utilizzabile in ogni caso di detenzione illegittima: dunque anche nel caso in cui si ritenga che un ricovero coatto in ospedale psichiatrico sia stato effettuato in assenza della necessaria autorità legale o al di fuori dei criteri previsti dalla legge. Quanto alla differenza tra gli strumenti appena illustrati, è stato chiarito che mentre un *writ of habeas corpus* potrà essere presentato alla *High Court* quando qualcuno sia privato della propria libertà da un soggetto sprovvisto del relativo potere, il rimedio della *judicial review* si ha “quando l’azione o la decisione impugnata rientri tra i poteri della persona che l’ha assunta ma, a causa di un errore procedurale, di una erronea interpretazione della legge, della mancata considerazione di elementi rilevanti, della considerazione di elementi irrilevanti o della sua essenziale

513 www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/judicial-review.

514 Così il giudice Lord Donaldson: “Habeas corpus is probably the oldest of the prerogative writs. Authorising its issue in appropriate cases is regarded by all judges as their first duty, because we have all been brought up to believe, and do believe, that the liberty of the citizen under the law is the most fundamental of all freedoms. Consistently with this, an application for a writ of habeas corpus has virtually absolute priority over all other court business”, in *R v Secretary of State for the Home Department Ex p. Cheblak*, [1991] WL 839583.

irragionevolezza, non avrebbe mai dovuto essere presa”⁵¹⁵.

9.1. La funzione di controllo del *First-tier Tribunal* sui ricoveri “civili”.

Contrariamente a quanto previsto dalla disciplina italiana dei TSO, per la legittimità dei ricoveri psichiatrici coatti non è necessario, a norma del MHA, il controllo immediato da parte di un giudice. In sintesi, l'intervento giurisdizionale ha luogo solamente su richiesta di parte; nel caso in cui gli aventi diritto non richiedano tale intervento, è previsto un controllo “d'ufficio” allo scadere dei sei mesi dall'inizio del ricovero.

Più in dettaglio, il ricorso al Tribunale può essere presentato dal paziente per sindacare la legittimità del proprio ricovero (sia esso *for assessment* o *for treatment*), di una *guardianship*, di un *community treatment order* o, infine, del provvedimento di proroga di una di queste misure⁵¹⁶. Il *nearest relative* può anch'egli ricorrere al Tribunale nel caso in cui il personale sanitario si opponga alla sua richiesta di rilasciare il paziente⁵¹⁷, o quando sia sostituito a causa della sua opposizione al ricovero del paziente (o perchè “comunque inadatto a svolgere tale ruolo”)⁵¹⁸.

Al fine di valutare l'opportunità di presentare un ricorso al Tribunale, o per raccogliere elementi a sostegno del ricorso stesso, il paziente – o chi abbia il diritto di presentare il ricorso

515 *Ibidem*. Cfr. anche Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.194.

516 MHA, s 66.

517 MHA, s 66 (1)(g). Sulla possibilità per il *nearest relative* di richiedere il rilascio del paziente, e la speculare facoltà del *responsible clinician* di opporsi, v. MHA, s 25.

518 MHA, s 66 (1)(h). Della procedura di sostituzione del *nearest relative* si è fatto cenno *supra*, par. 4.1 (MHA, s 29).

– ha la facoltà di incaricare un medico, che potrà visitare il paziente “at any reasonable time”, nonché richiedere la produzione di tutti i documenti che lo riguardano⁵¹⁹.

L'istanza deve essere presentata in un periodo di tempo diversi a seconda della misura cui il paziente intende opporsi: nel caso del ricovero *for assessment* si tratta del periodo tra l'inizio della misura e i quattordici giorni successivi (nonostante la misura possa durare oltre i quattordici, fino ai ventotto giorni)⁵²⁰; negli altri casi, il ricorso va presentato entro i sei mesi dall'inizio della misura⁵²¹.

Il controllo giurisdizionale “d'ufficio” in caso di mancata iniziativa di parte, invece, è attivato attraverso un sistema di notifiche che le autorità ospedaliere sono tenute ad effettuare a scadenze regolari. Tali notifiche devono essere presentate al Tribunale allo scadere dei sei mesi dall'inizio del ricovero ed, in seguito, dopo tre anni dall'ultimo controllo giurisdizionale⁵²².

Il Governo, inoltre, può in ogni momento deferire al

519 MHA, s 76.

520 Nel ricovero *for assessment*, dunque, oltre i quattordici giorni non è possibile proporre ricorso. Non è chiaro il motivo di questa limitazione, che risulta in un vuoto di tutela del paziente; tale vuoto di tutela diventa significativamente più grave ove nel corso del ricovero si instauri un procedimento per la sostituzione del *nearest relative*, poiché in questo caso il ricovero è prolungato oltre il termine massimo di ventotto giorni, fino alla conclusione del procedimento (MHA, s 29): anche in tale periodo non è previsto alcun diritto di ricorso al Tribunale. Cfr. sul punto Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 64.

521 Salvo alcune eccezioni: ad esempio, il *nearest relative* può presentare ricorso entro ventotto giorni per opporsi al diniego della liberazione del paziente, ed entro dodici mesi per opporsi all'emissione dell'ordine con il quale è stato sostituito: MHA, s 66 (2)(d) e (g).

522 MHA, s 68. I termini attuali sono molto inferiori a quelli previsti prima degli emendamenti approvati nel 2007.

Tribunale il caso di qualsiasi paziente la cui libertà sia ristretta nel quadro del MHA affinché ne controlli la legittimità⁵²³, nonché ordinare che il periodo tra un controllo giurisdizionale e l'altro sia più breve di quanto previsto in via generale dal MHA⁵²⁴.

Scopo del controllo giurisdizionale è l'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cui il paziente è sottoposto. L'onere della prova è a carico delle autorità sanitarie: non è dunque il paziente a dover provare che le sue condizioni non giustificano la limitazione di libertà subita, ma sono le autorità sanitarie a dover portare elementi tali da rendere il collegio "satisfied" circa la sussistenza dei criteri richiesti per la misura applicata⁵²⁵.

Il *Code of Practice* fornisce alcune indicazioni ulteriori, di carattere prevalentemente procedurale, relative al funzionamento del Tribunale, precisate dalle *Rules* appositamente formulate per regolare nel dettaglio il procedimento davanti al Tribunale⁵²⁶. Il *Code* richiede, in primo luogo, che le autorità ospedaliere forniscano ai giudici tutte le informazioni rilevanti⁵²⁷ per la decisione⁵²⁸. Un componente del

523 MHA, s 67.

524 MHA, s 68A.

525 MHA, s 72. Cfr. anche il *Code of Practice*, par. 32.4, e Laing J. e Glover-Thomas N., *Mental Health Law*, cit., par. 11.188.

526 "The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008", come modificate dalle "The Tribunal Procedure (Amendment) Rules 2012"; entrambi i testi sono reperibili alla pagina web www.legislation.gov.uk.

527 Normalmente, queste comprenderanno un *report* preparato dal *responsible clinician* del paziente. Sarà il Tribunale a decidere quali elementi eventualmente debbano essere tenuti nascosti al paziente (MHA *Code of Practice*, par. 32.17 e 13.19).

528 Il Tribunale potrà comunque richiedere le ulteriori informazioni che ritenga necessarie, sia interrogando in udienza le persone interessate, sia richiedendo *report* supplementare alle autorità

collegio giudicante (normalmente si tratterà di un membro di formazione medica) può comunque visitare il paziente di persona, anche prima dell'udienza⁵²⁹.

All'udienza⁵³⁰ il *Code* afferma che è “di regola”⁵³¹ presente il paziente; le *Rules*, con maggior chiarezza (dopo aver specificato che in questo settore un'udienza deve sempre avere luogo), attribuiscono ad ogni persona che sia parte nel procedimento il *diritto* di partecipare all'udienza. Tale diritto spetta dunque sempre al paziente, salvo che il Tribunale non ritenga di escluderlo dall'udienza⁵³². In caso di assenza di una

preposte (MHA *Code of Practice*, par. 32.13).

529 MHA *Code of Practice*, par. 32.22. Anche le “*Rules 2008*” dispongono che “[b]efore a hearing to consider the disposal of a mental health case, an appropriate member of the Tribunal must, so far as practicable (...) examine the patient; and (...) take such other steps as that member considers necessary to form an opinion of the patient’s mental condition”; a questo scopo, il giudice può esaminare il paziente ed i documenti relativi alla sua detenzione, nonché annotare e prendere copia di quanto sia collegato al procedimento (*The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 34).

530 Che si svolge “in privato”, salvo che “il Tribunale ritenga che sia nell’interesse della giustizia che l’udienza sia aperta al pubblico” (*The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 38).

531 MHA *Code of Practice*, par. 32.26. Non è tassativamente richiesta la presenza del paziente, tuttavia “gli operatori sanitari devono incoraggiarla, a meno che ritengano che ciò possa peggiorare la sua salute o il suo benessere”.

532 La rule 38 dispone che “The Tribunal may give a direction excluding from any hearing, or part of it (a) any person whose conduct the Tribunal considers is disrupting or is likely to disrupt the hearing; (b) any person whose presence the Tribunal considers is likely to prevent another person from giving evidence or making submissions freely; (c) any person who the Tribunal considers should be excluded in order to give effect to a direction under rule 14(2)

delle parti, l'udienza può avere comunque luogo se la parte ha ricevuto la notifica o sono comunque stati effettuati ragionevoli sforzi per effettuarla, sempre che il procedere con l'udienza sia “nell'interesse della giustizia”⁵³³. Ove la parte assente sia il paziente stesso, è possibile procedere solamente ove sia già stato effettuato il suo esame da parte del componente del collegio giudicante, e se il collegio ritenga che l'assenza sia dovuta ad una scelta del paziente, oppure se questi non risulta in grado di partecipare all'udienza per motivi di salute⁵³⁴.

Ciascuna parte può, nominare un proprio rappresentante, secondo le regole generalmente previste per i procedimenti davanti ai tribunali⁵³⁵. Nel caso specifico dei “mental health cases”, vi sono alcune regole aggiuntive riguardanti la rappresentanza del paziente. In primo luogo, nel caso in cui il paziente *non* abbia nominato un proprio rappresentante, il Tribunale può decidere di attribuirgliene comunque uno ove “il paziente abbia dichiarato di non voler seguire il proprio caso o abbia espresso la volontà di essere rappresentato”, oppure se questi “sia privo della capacità di nominare un rappresentante, ma il Tribunale ritenga che essere rappresentato sia ne *best interest* del paziente”. Vi sono, inoltre, alcune preclusioni all'assunzione del ruolo di rappresentanza – o anche solo di

(withholding information likely to cause harm); or (d) any person where the purpose of the hearing would be defeated by the attendance of that person”.

533 *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 39 (1).

534 *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 39 (2). Stipisce come le *Rules* non richiedano un accertamento del tipo di impedimento di cui si tratta (se fisico o psichico, ad esempio) e della sua durata presunta, al fine di determinare l'opportunità di sospendere il procedimento per permettere la partecipazione del paziente.

535 *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 11 (1-6).

mera assistenza in udienza⁵³⁶ – del paziente: questi non può essere rappresentato né assistito da chi sia soggetto a sua volta a una misura restrittiva nel quadro del MHA, o che sia in cura presso lo stesso ospedale in cui è ricoverato il paziente⁵³⁷.

Quanto alla presenza del *responsible clinician* e di altri membri dell'equipe, il *Code* ritiene “importante” la loro partecipazione – “as their evidence is crucial” – e afferma che, quando possibile, “dovrebbero” presenziare a tutto lo svolgimento dell'udienza⁵³⁸. Attenzione è dedicata anche al luogo di svolgimento dell'udienza, che di regola sarà l'ospedale dove il paziente è ricoverato; in particolare è richiesto che vi sia accesso ad una seconda stanza, ove il paziente possa parlare in privato con il proprio legale rappresentante o altri soggetti.

Al termine del procedimento il Tribunale, se non ritiene soddisfatti i requisiti per la legittimità della misura, ordinerà la

536 *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 11 (5): “At a hearing a party may be accompanied by another person whose name and address has not been notified under paragraph (2) but who, subject to paragraph (8) and with the permission of the Tribunal, may act as a representative or otherwise assist in presenting the party's case at the hearing”.

537 *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 11 (7) e (8). La previsione, se può essere comprensibile per quanto riguarda il divieto di rappresentanza legale (anche se, forse, si sarebbe potuto lasciare alla valutazione discrezionale del giudice la possibilità di ammettere eccezioni alla regola), appare forse eccessiva rispetto al divieto assoluto anche della semplice “assistenza in udienza”, tenuto conto che il paziente potrebbe avere bisogno di sostegno da parte di una persona a lui vicina, che facilmente, però, potrà essere in condizioni simili alle sue.

538 *MHA Code of Practice*, par. 32.27 ss. il *responsible clinician* può ricoprire, in udienza, anche il ruolo di rappresentante legale dell'autorità sanitaria; in tal caso troveranno applicazione le regole viste *supra* relative alla partecipazione delle parti in udienza.

dimissione (“discharge”) del paziente⁵³⁹. Se il Tribunale non ritiene opportuno ordinare il *discharge* del paziente, può comunque “raccomandare” che gli sia concesso un *leave of absence*, che sia trasferito in un diverso ospedale o che sia sottoposto a *guardianship*, riservandosi di rivalutare il caso ove non sia dato seguito a tale raccomandazione⁵⁴⁰.

Il tema dei ricorsi ai Tribunali può concludersi con uno sguardo sulle statistiche rilevate dalla *Care Quality Commission* ed illustrate nei suoi *reports*. Anche in questo settore, la *Commission* fornisce infatti dati interessanti. In particolare, si segnala il notevole aumento dei ricorsi al tribunale registrato negli ultimi anni⁵⁴¹: i ricorsi presentati al *First-tier Tribunal (Mental Health)* sono passati da circa 15.000 nel 2008 a oltre 25.000 nel 2011. Il tasso medio di accoglimento degli stessi, intorno al 10-12%⁵⁴², è invece rimasto invariato⁵⁴³.

Vi è, comunque, un divario notevole a seconda della misura cui è opposto ricorso: nel periodo 2011/2012 nei confronti dei *restricted patients*⁵⁴⁴ è stato disposto il *discharge* (assoluto o condizionato) nel 25% dei casi portati all'attenzione del Tribunale; i pazienti trattenuti *for assessment*, invece, sono stati dimessi nel 12% dei casi, mentre è stato accolto solo il 4%

539 Può essere ordinato, se ritenuto opportuno, che il *discharge* non abbia luogo immediatamente, ma solo dopo un determinato periodo di tempo.

540 MHA, s 72 (3).

541 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, cit., p. 29 e *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., pp. 16 s.

542 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 16.

543 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, cit., pp. 29 ss.

544 In merito al controllo giurisdizionale su questo genere di ricoveri v. il paragrafo seguente.

dei ricorsi che contestavano altri tipi di detenzione⁵⁴⁵ ed il 5% dei ricorsi contro i *Community Treatment Orders*⁵⁴⁶.

9.2. Il controllo giurisdizionale sui ricoveri disposti nell'ambito dei procedimenti penali.

Quanto alla possibilità, per chi vi è soggetto, di ricorrere in giudizio contro gli altri provvedimenti precedentemente illustrati, bisogna distinguere tra provvedimenti che prevedano una *restriction* e provvedimenti che invece inseriscano il destinatario nel “circuit” civile, trasferendo la responsabilità delle scelte in merito alla restrizione di libertà del soggetto alle sole autorità sanitarie.

Questi ultimi, come si è visto, seguono la disciplina prevista dal MHA per ricovero *for treatment* e *guardianship*, anche per quanto riguarda la possibilità di ricorrere al *First-tier Tribunal* da parte di paziente e *nearest relative*⁵⁴⁷.

Ove la corte applichi ad un *hospital order* un *restriction order*, invece, le autorità sanitarie potranno dimettere il paziente solo con il consenso del *Secretary of State*. In questo caso il diritto del paziente di ricorso al *First-tier Tribunal* e le modalità di giudizio sono autonomamente disciplinate.

Essi hanno diritto di ricorrere al Tribunale solo dopo i primi sei mesi di ricovero, e successivamente a intervalli di un

545 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, cit., p. 16.

546 *Care Quality Commission, Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, cit., p. 29. I *reports* forniscono anche ulteriori dati quanto al numero di ricorsi e al loro esito, prendendo in considerazione il periodo 2000-2010; ad esempio, indica che in un terzo dei casi, in media, il paziente è stato dimesso su decisione del medico prima dell'udienza.

547 Secondo le modalità indicate nella *s* 72.

anno⁵⁴⁸. Nel caso in cui non si avvalgano di questa possibilità, il controllo giurisdizionale viene attivato⁵⁴⁹ solo allo scadere dei tre anni dall'inizio del ricovero⁵⁵⁰.

Pur richiamando i criteri di giudizio previsti per i pazienti “civili”, in questo caso il Tribunale ha la possibilità, non prevista per questi ultimi, di disporre “dimissioni condizionate”. In questo caso il paziente è dimesso dall’ospedale, ma è tenuto al rispetto delle condizioni impostegli dal Tribunale, che possono essere successivamente modificate e integrate dal *Secretary of State*. In caso di dimissioni condizionate, fino allo scadere del termine previsto per la cessazione del *restriction order* il paziente può essere *recalled* in ospedale su decisione del *Secretary of State*.

Il controllo giurisdizionale sui ricoveri dei pazienti soggetti a *hospital and limitation directions*, o trasferiti dal carcere in ospedale e sottoposti a *restriction directions* è soggetto, infine, a regole diverse e molto più severe: il *First-tier Tribunal* potrà solo *raccomandare* la dimissione del soggetto dall'ospedale (con conseguente rientro in carcere), ma non potrà imporlo⁵⁵¹: esso non ha dunque alcun potere cogente di porre termine al ricovero del soggetto, seppur lo ritenga illegittimo.

Il condannato è dunque, in questi casi, privato del diritto di contestare il ricovero in ospedale psichiatrico (ed i relativi trattamenti medici coatti), per continuare a scontare la pena in carcere. Togliere la possibilità di ricorso al tribunale in questi casi indica che il ricovero psichiatrico coatto viene visto come

548 MHA, s 71 (2).

549 In questo caso il dovere di notifica al Tribunale grava sul *Secretary of State*.

550 Bowen avanza dubbi circa la compatibilità di un termine così lungo con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 5 par. 4). Cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 65.

551 Cfr. le linee guida *Mental Health Act 2007: Guidance for the courts*, cit., par. 5.27. MHA, s 74.

un'alternativa “neutra” alla detenzione in carcere, tanto che la decisione in merito viene presa da un Tribunale specializzato, ma da un organo “tecnico”⁵⁵².

552 Il ricovero infatti può continuare, se così decide il *Secretary of State*, anche nel caso in cui il Tribunale specializzato escluda che il soggetto soffra di alcun disturbo mentale, o che tale disturbo sia di natura o intensità tale da rendere opportuno il ricovero in ospedale, che il ricovero in ospedale sia necessario per la protezione di terzi, o che vi siano trattamenti disponibili per il soggetto nel luogo di ricovero (v. MHA, s 74).

SEZIONE III. IL *MENTAL CAPACITY ACT*.

1. Cure e ricoveri per i pazienti incapaci: il *Mental Capacity Act*. - 2. Il concetto di “privazione di libertà”. 2.1. Contenzione e *deprivation of liberty*. - 3. Concetti fondamentali e principi generali. - 3.1. Il concetto di *best interest*: cenni. - 4. Cure e trattamenti senza “privazione di libertà”. 4.1. *L'Independent Mental Capacity Advocate*. - 5. “Detention for care and treatment”: la privazione di libertà del paziente incapace. - 5.1. Le nuove procedure di autorizzazione. - 5.2. Le possibilità di opposizione.

1. Cure e ricoveri per i pazienti incapaci: il *Mental Capacity Act*.

Il contesto nel quale il *Mental Capacity Act* è nato ed i suoi principi fondamentali sono stati illustrati nei primi paragrafi di questo capitolo. Torniamo ora su questo testo normativo per chiarire quali siano le regole che in Gran Bretagna governano la somministrazione di trattamenti sanitari, l'effettuazione di interventi chirurgici ed il ricovero in luoghi di cura dei pazienti considerati incapaci⁵⁵³.

La gestione “sanitaria” dei soggetti incapaci è suddivisa in due grandi categorie, regolate diversamente l'una dall'altra: la differenza tra esse è la sussistenza o meno di privazione di libertà del soggetto interessato⁵⁵⁴.

553 Per la definizione dell'espressione “incapacità”, come per gli altri temi di carattere generale posti dal MCA, si rimanda a quanto illustrato *supra*, sez. I, par. 2.3.

554 Ricordiamo che le regole dettate dal MCA trovano applicazione solamente in relazione a soggetti di età superiore ai 16 anni (con alcune eccezioni alle regole generali per i minori di età compresa tra 16 e 17 anni: cfr. MCA, s 9 (2)(c) e s 24 (1)); per i soggetti di età

Prima di procedere con l'illustrazione delle diverse discipline, è di fondamentale importanza, dunque, chiarire cosa debba intendersi con “privazione di libertà”: poiché si tratta di un concetto determinante per individuare la disciplina applicabile caso per caso.

2. Il concetto di “privazione di libertà”.

Il *Mental Capacity Act* non dà una definizione propria del concetto di privazione di libertà, ma rimanda espressamente alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: “in this Act, references to deprivation of a person's liberty have the same meaning as in Article 5(1) of the Human Rights Convention”.

Il significato di “deprivation of liberty” andrà dunque ricostruito sulla base del testo CEDU e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁵⁵.

L'art. 5 Cedu sancisce il diritto di ogni persona “alla libertà e alla sicurezza”; diritto che può essere limitato solamente nei casi indicati nel medesimo articolo, tra i quali vi è il caso in cui si tratti “della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo”; le modalità di detenzione devono, comunque, essere previste dalla legge.

L'interpretazione giurisprudenziale di questa norma è, evidentemente, di fondamentale importanza per riempire di significato la definizione. Lo stesso *Code of Practice* del

inferiore, la disciplina continua ad essere quella definita dalle regole di *common law* (cfr. Bowen, P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 168).
555 Sulla giurisprudenza CEDU in argomento, e su alcune delle sentenze qui citate, si tornerà con maggior approfondimento nel prossimo capitolo.

MCA⁵⁵⁶ richiama specifiche sentenze della Corte EDU per trarne le indicazioni pratiche ad utenti ed operatori del settore.

Una sentenza “di riferimento” è sicuramente *HL c. Regno Unito*⁵⁵⁷, cui si è già fatto cenno⁵⁵⁸: si tratta della sentenza che ha portato all'approvazione, nel 2007, degli emendamenti al MCA posti a tutela della libertà personale dei pazienti. Su di essa si tornerà al momento di illustrare tali emendamenti⁵⁵⁹; in questa sede richiamiamo solamente i passi della sentenza utili per la definizione del concetto che qui interessa.

La Corte, in primo luogo, ribadisce un criterio già più volte affermato in tema di *deprivation of liberty*⁵⁶⁰: la differenza tra ciò che costituisce una vera e propria “privazione di libertà” e ciò che rientra nei confini di una mera “restriction” è solamente una differenza “di grado o di intensità” e non, invece, “di sostanza”⁵⁶¹. Solo una attenta valutazione del caso concreto può dunque indicare se ci si trovi di fronte ad una *deprivation*⁵⁶².

Nel caso *HL c. Regno Unito* la Corte ha ritenuto irrilevante, ai fini del giudizio, il fatto che il ricorrente – incapace – fosse “compliant” alle terapie o che non avesse mai

556 Si tratta, in realtà, di un *Code of Practice* supplementare al MCA, specificamente dedicato alle “Deprivation of liberty safeguards” introdotte nel MCA nel 2007.

557 C. eur. dir. uomo, sent. 14 settembre 2004, ric. n. 45508/99, *HL c. Regno Unito*, cit.

558 *Supra*, sez. I, par. 2.2.2.

559 Par. 1.3.

560 V. le sentenze *Guzzardi c. Italia*, sent. 6 novembre 1980, ric. n. 7367/76, § 93 e *Ashingdane c. Regno Unito*, sent. 28 maggio 1985, ric. n. 8225/78, § 41.

561 *HL c. Regno Unito*, cit., § 89.

562 *Ibidem*: “the starting-point must be the specific situation of the individual concerned and account must be taken of a whole range of factors arising in a particular case such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question”.

tentato di scappare dal luogo di cura, così come il fatto che non fosse stato propriamente “rinchiuso” nella clinica⁵⁶³. Ciò che ha portato la Corte a riconoscere la privazione della sua libertà personale è il mantenimento del paziente “under continuous supervision and control”⁵⁶⁴ da parte del personale medico, e l'impossibilità per lui di allontanarsi dalla clinica in cui era ricoverato. Nonostante i suoi tutori ne avessero richiesto le dimissioni, i medici non l'avevano permesso, impedendo altresì, per un certo periodo, a questi ultimi di avere contatti con il ricorrente; inoltre, il medico responsabile aveva dichiarato che “had the applicant resisted admission or subsequently tried to leave, she would have prevented him from doing so”, disponendo il ricovero coatto *ex s* 3 del MHA.

In conclusione, nota la Corte, “the applicant would only be released from the hospital (...) as and when those professionals considered it appropriate”⁵⁶⁵: è per questo motivo che il ricorrente è stato effettivamente privato della libertà.

Altra pronuncia significativa per la definizione di “privazione di libertà” è la sentenza *Stork c. Germania*⁵⁶⁶. La ricorrente, anche in questo caso, è una persona trattenuta in una clinica psichiatrica, ma si differenzia da quello appena illustrato sotto diversi profili, tra i quali ha grande rilevanza il fatto che la

563 La Corte al § 92 osserva che “it is not determinative whether the ward was “locked” or “lockable” (...). In this regard, it notes that the applicant in *Ashingdane* was considered to have been “detained” for the purposes of Article 5 § 1 (e) even during a period when he was in an open ward with regular unescorted access to the unsecured hospital grounds and the possibility of unescorted leave outside the hospital”.

564 *HL c. Regno Unito*, cit., § 91.

565 *Ibidem*.

566 C. eur. dir. uomo, sent. 16 giugno 2005, *Stork c. Germania*, ric. n. 61603/00, sulla quale v. Beduschi L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2011, pp. 255 ss., ed *infra*, cap. III, par. 1.1.4.

ricorrente in questo caso aveva la capacità legale di acconsentire o meno al trattamento, e nonostante il suo dissenso era stata trattenuta per circa venti mesi in una clinica “chiusa”, dalla quale non aveva la possibilità di uscire né di mantenere alcun contatto con l'esterno. Tentata la fuga in alcune occasioni, era stata riportata in clinica dalle forze dell'ordine.

La Corte riscontra senza alcun dubbio la sussistenza di una privazione di libertà sotto il profilo oggettivo; coglie l'occasione, tuttavia, di chiarire un ulteriore aspetto del problema, relativo a quello che viene definito “l'elemento soggettivo” della privazione di libertà. Perché vi sia *deprivation of liberty*, infatti, è necessario non solo che la vittima sia oggettivamente privata della propria libertà, ma anche che non abbia prestato un valido consenso alla privazione stessa⁵⁶⁷. Nel caso di specie, nonostante la ricorrente si fosse inizialmente recata in clinica di sua volontà, il consenso era poi evidentemente venuto meno, dati i suoi diversi tentativi di fuga. Ove si ritenesse venuta meno anche la capacità stessa della ricorrente di acconsentire al trattamento – a causa degli psicofarmaci che le venivano somministrati in dosi massicce – la Corte precisa che, in tal caso, il ricovero sarebbe avvenuto in assenza di alcun valido consenso, integrando così comunque la privazione di libertà sotto il profilo soggettivo⁵⁶⁸.

Da segnalare, infine, la sentenza *Mihailovs c. Lettonia*⁵⁶⁹: una pronuncia che si è recentemente inserita nel solco delle precedenti, facendo però chiarezza su un punto di fondamentale importanza: il caso, cioè, in cui il soggetto ricoverato sia

567 *Stork c. Germania*, § 74.

568 *Ivi*, § 76.

569 C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 22 gennaio 2013, *Mihailovs c. Lettonia*. Per ulteriori riferimenti circa questa sentenza è possibile fare riferimento alla nota di Pelazza M., *Incapacità legale e ricoveri coatti: giurisprudenza europea e situazione italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 25 marzo 2013.

legalmente incapace di acconsentire o meno al trattamento. Alla luce delle precedenti sentenze, infatti, avrebbe potuto rimanere dubbio il caso in cui un tale soggetto si fosse opposto al ricovero, in presenza però di un formale consenso da parte del suo tutore, o della persona comunque dotata del potere di acconsentire: il consenso del tutore potrebbe evitare che sia integrata una “privazione di libertà” ai sensi della Convenzione? La Corte ha dato risposta negativa, asserendo chiaramente che “il fatto che il ricorrente mancasse *de jure* di capacità legale non significa necessariamente che egli fosse *de facto* incapace di comprendere la sua situazione”, e dunque di dissentirvi, come nel caso di specie. Sembra di capire, dunque, che il consenso del tutore ad un trattamento privativo della libertà del paziente possa avere l'effetto di rendere tale trattamento conforme a Convenzione solamente nel caso in cui il paziente sia non solo *de jure*, ma anche *de facto* incapace di esprimere una forma di consenso o dissenso al ricovero stesso. Rimane, ovviamente, aperto alla discussione un aspetto non irrilevante: l'individuazione in concreto della soglia che segnala il passaggio da capacità ad incapacità (*de facto* considerate) del paziente⁵⁷⁰.

Pur non essendo possibile illustrarle in dettaglio in questa sede, si segnala l'esistenza di ulteriori sentenze, sia inglesi che

570 Nella sentenza *Mihailovs c. Lettonia*, in cui il paziente era legalmente incapace ma venne considerato *de facto* capace dalla Corte EDU, il sig. Mihailovs soffriva di “epilessia di natura organica con sintomi psicotici”, corredata da crisi (tonico-cloniche ed “assenza”) e sintomi di tipo psicologico (quali pensieri ossessivi, cambiamenti d'umore, una riduzione della capacità di ragionamento). Non era, insomma, un individuo fortemente “alienato” dalla realtà, né palesemente incapace di esprimere opinioni in qualche modo ragionate. Sarebbe probabilmente dubbio l'esito di un analogo giudizio effettuato nei confronti di persona sofferente di disturbi più gravi di quelli riferiti nella presente sentenza.

di Strasburgo, che hanno affrontato il tema⁵⁷¹; da questa giurisprudenza sono emersi diversi indicatori utilizzabili per identificare una situazione di vera e propria privazione di libertà, che il *Code of Practice* ha inteso riassumere. Ricordando che si tratta di un elenco non esaustivo, il *Code* richiama dunque i seguenti aspetti: uso della contenzione (compresa la contenzione farmacologica) per rendere possibile il ricovero di una persona che lo rifiuta; controllo “completo ed effettivo” da parte del personale sul trattamento e sui movimenti del paziente per un periodo di tempo “significativo”, nonché sul luogo di residenza; controllo sulle dimissioni del paziente o sulla sua possibilità di risiedere in un luogo differente; rifiuto di dimettere il paziente nonostante la richiesta dei suoi *carers* in questo senso; impossibilità per il paziente di mantenere relazioni sociali a causa delle limitazioni poste all'accesso del pubblico al luogo di cura; perdita di autonomia personale causata dalla continua supervisione e dal controllo del personale⁵⁷².

571 Si segnalano ad esempio le sentenze – richiamate anche nel citato *Code of Practice* (par. 2.17 ss.) – *LLBC v TG* [2007] EWHC 2640 (Fam); C. eur. dir. uomo, sent. 28 novembre 1988, ric. n. 10929/84, *Nielsen c. Danimarca*; C. eur. dir. uomo, sent. 26 febbraio 2002, ric. n. 39187/98, *HM c. Svizzera* (in cui *non* è stata ravvisata privazione di libertà), nonché *DE v JE* [2006] EWHC 3459 (Fam) [più correttamente l'intestazione sembrerebbe essere *DE and JE v. Surrey County Council*, ma nelle principali banche dati inglesi la sentenza è catalogata come indicato in precedenza], in cui al contrario la privazione di libertà è stata riconosciuta – nonostante il paziente non fosse privato di libertà “nel quotidiano” di uscire dalla clinica – perchè gli era stato impedito di decidere dove stabilire la propria residenza e con chi vivere.

572 Il riferimento è anche in questo caso al *Code of Practice* supplementare al MCA, specificamente dedicato alle “Deprivation of liberty safeguards” introdotte nel MCA nel 2007, par. 2.5.

2.1. Contenzione e *deprivation of liberty*.

Potrebbe stupire, ma il *Code of Practice* precisa che l'uso della contenzione sul paziente *non* indica necessariamente la sussistenza di una *deprivation of liberty*⁵⁷³. Ciò che non è considerato “privazione di libertà” è, tuttavia, solo quel genere di contenzione che potrebbe genericamente descriversi come “contenzione episodica” applicata in una situazione che potrebbe essere considerata, nell'ordinamento italiano, di “stato di necessità”. Il *Code* afferma infatti che la contenzione non costituisce privazione di libertà quando “it is used to prevent harm to the person who lacks capacity and it is a proportionate response to the likelihood and seriousness of harm”⁵⁷⁴. L'esempio portato dal *Code* è quello di chi impedisce con la forza che un incapace si allontani dal luogo di cura, allo scopo di evitare che venga investito nell'attraversare la strada – se il paziente in questione non è in grado di farlo in sicurezza. Ovviamente, la contenzione *può* comunque caratterizzare una situazione di privazione di libertà quando il ricorso ad esso sia “frequent, cumulative and ongoing, or if there are other factors present”⁵⁷⁵.

3. Concetti fondamentali e principi generali.

Per quanto riguarda il concetto di *incapacità*, si rimanda alla precedente illustrazione della definizione e delle problematiche correlate⁵⁷⁶.

573 *Ivi*, par. 2.9.

574 *Ibidem*.

575 *Ivi*, par. 2.12.

576 *Supra*, sez. I, par. 2.3.

Anche ad alcuni principi generali del *Mental Capacity Act* si è fatto cenno in precedenza: richiameremo in questa sede i principali tra essi, che sono enunciati, significativamente, nel primo articolo del MCA (*s* 1). In primo luogo, il testo normativo dispone che ogni persona deve essere considerata capace, finchè non venga dimostrato il contrario (“a person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity”): questa “presunzione di capacità” può essere superata solo dopo aver tentato di aiutare il paziente a prendere la decisione richiesta (“a person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success”). Si è già accennato, inoltre, al principio per cui nessuno può essere considerato incapace “solamente perchè ha preso una decisione imprudente”: su questo tema, con particolare attenzione alle correlate difficoltà applicative, si tornerà anche *infra*⁵⁷⁷.

Da ultimo, la *s* 1 del MCA codifica due importanti principi consolidati in *common law*: il *less restriction principle* (“regard must be had to whether the purpose (...) can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action”) ed il criterio del *best interest*: “an act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests”.

3.1. Il concetto di *best interest*: cenni.

Il *best interest* – concetto di fondamentale importanza per l'applicazione pratica della disciplina del MCA – non è tuttavia facilmente definibile. Può essere in concreto difficile dare attuazione a questa indicazione, nonostante il MCA tenti di precisarla con alcune indicazioni per gli operatori.

577 Sez. IV, par. 2.4.

Un punto chiaro è quello per cui in tema di salute il “best interest” di un soggetto non coincide necessariamente con il miglior risultato ottenibile da un punto di vista strettamente medico: devono essere tenute in considerazione “all the relevant circumstances”⁵⁷⁸, tra cui rientrano “i desideri e sentimenti presenti e passati della persona”, le convinzioni ed i valori che avrebbero influenzato la sua decisione se avesse avuto la capacità nonché, ovviamente, le affermazioni da questi poste per iscritto al tempo in cui aveva la capacità di decidere⁵⁷⁹.

Non sempre, ad esempio, quella che appare la decisione migliore dal punto di vista “medico-chirurgico” costituisce la scelta migliore per il benessere complessivo del paziente (si pensi, ad esempio, al caso in cui un soggetto sia affetto da una patologia curabile solamente per mezzo di un intervento chirurgico la cui esecuzione comporterebbe necessariamente l'invalidità permanente del paziente: questi potrebbe, sulla base delle proprie convinzioni e del proprio vissuto, voler affrontare i rischi derivanti dall'avanzamento della patologia pur di evitare una sicura invalidità)⁵⁸⁰.

Il MCA raccomanda a chi si trovi a dover prendere la decisione al posto del soggetto incapace di valutare diversi fattori: in particolare, dovrà essere tenuta in considerazione la probabile natura dell'incapacità del paziente, se solamente temporanea, oppure di tipo permanente. Nel caso in cui la decisione riguardi un trattamento “salvavita”⁵⁸¹, s 4 (5)

578 In MCA, s 4 (11) si definiscono le “relevant circumstances” quelle “of which the person making the determination is aware” e “which it would be reasonable to regard as relevant”.

579 MCA, s 4 (2) e (6). Per quanto riguarda le dichiarazioni anticipate di volontà cfr. anche *infra*, paragrafo seguente, lett. a).

580 Cfr. in questo senso Jackson E., *Medical law*, cit., p. 240 s. e Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 170 s.

581 Da intendersi come trattamento che “in the view of a person

chiarisce che chi prende la decisione “non deve (...) essere motivato dal desiderio di cagionare la morte della persona interessata”⁵⁸². La disposizione non è, come potrebbe sembrare, superflua o scontata. Nota BOWEN: “non c'è dubbio che, in alcune circostanze, la prosecuzione di un *life-sustaining treatment* non corrisponde al *best interest* del paziente”. L'A. sottolinea che anche in giurisprudenza è stato riconosciuto che “where life involves an extreme degree of pain, discomfort or indignity to a patient, who is sentient but not competent and who has manifested no wish to be kept alive”: in questi casi, la cessazione del trattamento che mantiene in vita il paziente è motivato, in sostanza, dalla volontà di cagionare la morte del paziente. Il divieto posto dalla s 4 del MCA, dunque, deve essere interpretato nel senso di impedire decisioni di questo tenore? L'A. risolve il quesito ritenendo che la norma in questione permetta comunque il “dare farmaci per alleviare la sofferenza di un paziente, sapendo che essi anticiperanno la sua morte”, ed anche interrompere trattamenti salvavita “allo scopo di porre termine ad una sofferenza intollerabile”: la morte del paziente, in questi casi, sarebbe da considerarsi una mera conseguenza dell'azione o omissione, altra essendo la motivazione che ha portato alla decisione. Il tema, tuttavia, continua ad essere oggetto di dibattito⁵⁸³.

In proposito, nel MCA è stata inserita una norma volta allo scopo di evitare che l'approvazione dell'Act portasse a mettere in dubbio il divieto di eutanasia e di aiuto al suicidio. S 62 dispone che “For the avoidance of doubt, it is hereby declared that nothing in this Act is to be taken to affect the law relating to murder or manslaughter or the operation of section 2 of the Suicide Act 1961 (c. 60) (assisting suicide)”. Sempre

providing health care for the person concerned is necessary to sustain life”: MCA, s 4 (10).

582 MCA, s 4 (5)

583 Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 185 s.

BOWEN ha sottolineato l'effetto paradossale della normativa, che permette alla Corte di decidere di porre termine al trattamento vitale di un incapace, giudicandone la sofferenza “intollerabile”, mentre impedisce ad un soggetto capace di ottenere assistenza per porre termine alla sua esistenza, ove giunga consapevolmente alla medesima conclusione⁵⁸⁴.

Quando possibile, il soggetto nei confronti del quale viene presa una *substituted decision* deve essere comunque incoraggiato a dare la sua opinione, ed a partecipare per quanto possibile alla decisione.

La decisione, inoltre, deve essere conforme al già citato *less restriction principle*: deve costituire dunque la soluzione meno “restrittiva” dei diritti e della libertà del paziente possibile⁵⁸⁵.

Da ultimo, un'indicazione di tipo procedurale richiede che siano ascoltate (ma solo “se possibile e opportuno”⁵⁸⁶) le opinioni di chiunque sia stato indicato dalla persona interessata come “persona da consultare sul punto o su questioni analoghe” e delle persone incaricate della cura del soggetto (o comunque interessate al suo benessere), nonché delle figure – che saranno descritte *infra* – alle quali è stato formalmente attribuito un ruolo di tutela della persona (“any donee of a lasting power of attorney granted by the person, and (...) any deputy appointed for the person by the court”)⁵⁸⁷.

In alcuni casi, del resto, il *best interest* è stato ricondotto non tanto all'interesse immediato del paziente, quanto all'interesse diretto di un terzo. JACKSON segnala, in questo senso, il caso *Re Y*⁵⁸⁸, in cui la donazione di midollo osseo è

584 *Ibidem*, p. 185.

585 MCA, s, 1 (6).

586 MCA, s 4 (7).

587 MCA, s 4 (7).

588 *Re Y (Mental Patient: Bone Marrow Donation)* [1997] Fam. 110 (solo abstract).

stata ritenuta rientrante nel *best interest* di un soggetto incapace. Pur non ricevendo un beneficio diretto dall'operazione (che, anzi, come ogni operazione chirurgica cagiona necessariamente alcuni disagi, seppur temporanei), il giudice ha ritenuto che fosse comunque nell'interesse della paziente, Y, effettuare l'operazione, con la quale avrebbe potuto salvare la sorella, gravemente malata. In particolare il giudice ha dato peso alla mancanza di effetti collaterali “di lungo periodo” dell'operazione, sottolineando altresì che nel caso in cui la sorella di Y fosse morta, Y stesso avrebbe subito un peggioramento delle sue condizioni di vita. Al momento del giudizio, infatti, la madre era una figura importante nell'assistenza a Y, ma questa, in precarie condizioni di salute anch'essa, avrebbe subito un duro colpo, forse addirittura “fatale”, se sua figlia fosse venuta a mancare, compromettendo così l'assistenza di cui Y avrebbe potuto beneficiare. L'operazione è stata dunque dichiarata “nel *best interest*” del paziente poiché da essa “*Y would receive emotional, psychological and social benefit with minimal detriment*”.

Anche il caso della sterilizzazione di un soggetto incapace risulta spesso problematico dal punto di vista del *best interest*: su questo tema si tornerà *infra*⁵⁸⁹, per illustrarlo con maggior approfondimento di quello possibile in questa sede.

Procediamo, ora, con la descrizione delle principali regole disposte per il trattamento – terapeutico ma anche più in generale relativo alla gestione di diversi aspetti della vita quotidiana – dei soggetti incapaci; in primo luogo quando non sia in gioco una privazione di libertà, per poi illustrare le procedure che devono necessariamente essere poste in essere in caso contrario.

589 Sez. IV, par. 2.3.

4. Cure e trattamenti senza “privazione di libertà”. Le *substituted decisions*.

Il *Mental Capacity Act* prevede diverse modalità possibili di “substituted decision-making”: diverse procedure, insomma, perchè un soggetto diverso dal diretto interessato possa prendere una valida decisione rispetto a *personal welfare* o “property and affairs” di un soggetto incapace. Vi sono cinque possibilità; ciascuna delle quali, come si vedrà, ha una precisa posizione in una ideale “scala gerarchica” tra di esse.

a) In primo luogo vi sono le “direttive anticipate”, le quali prevalgono su qualsiasi altro tipo di *substituted decision*. Si tratta di dichiarazioni rilasciate da un individuo capace al fine di *rifiutare* un determinato trattamento sanitario, che acquistano rilievo in caso di futura incapacità⁵⁹⁰.

Per la validità della dichiarazione – oltre alla capacità del dichiarante in relazione alla decisione presa e la sua maggiore età⁵⁹¹ – non sono richieste altre formalità: la dichiarazione può anche essere effettuata oralmente ed “*in layman's terms*”, ossia utilizzando un linguaggio comune e non necessariamente una precisa terminologia medico-chirurgica. Nemmeno la modifica della dichiarazione richiede la forma scritta. Tale libertà di forma viene meno solamente per la validità del rifiuto “anticipato” di trattamenti salvavita: in questo caso, per

590 MCA, s 24 (1): “‘Advance decision’ means a decision made by a person (“P”), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if (a) at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and (b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment, the specified treatment is not to be carried out or continued”.

591 Il soggetto deve essere maggiore di 18 anni: sono dunque esclusi dalla possibilità di effettuare dichiarazioni anticipate di trattamento vincolanti i minori, anche se di età maggiore a 16 anni.

acquisire forza vincolante, la dichiarazione deve essere effettuata per iscritto, e firmata dal paziente – o da una terza persona per suo conto – in presenza di un testimone⁵⁹².

La dichiarazione è applicabile solamente in relazione ai trattamenti in essa specificati; perde inoltre validità nel caso in cui siano assenti le circostanze eventualmente specificate nella dichiarazione, e se sono emerse circostanze che non erano state previste dal paziente al momento della dichiarazione, se vi è ragione di ritenere che – se le avesse conosciute – questi avrebbe preso una decisione differente⁵⁹³.

La dichiarazione perde altresì la sua efficacia, ovviamente, se revocata dall'interessato (capace), o se il paziente ha validamente nominato un *donee* perchè prenda decisioni in merito alla medesima questione⁵⁹⁴, o ancora ha compiuto “anything else clearly inconsistent with the advance decision”⁵⁹⁵.

Quest'ultima previsione richiede uno sforzo interpretativo: cosa può essere considerato “clearly inconsistent” con una precedente dichiarazione? La norma non specifica se il comportamento che può determinare l'invalidità della

592 Inoltre, la s 26 (5) del MCA dispone che, in presenza di una direttiva anticipata da cui emerge il rifiuto di un determinato trattamento salvavita o “necessario per prevenire un serio peggioramento delle condizioni del paziente”, il medico non deve astenersi dall'effettuarlo se è pendente un procedimento davanti alla *Court of Protection* per l'accertamento di aspetti rilevanti della questione (ad esempio, la validità della dichiarazione stessa): “nothing in an apparent advance decision stops a person (a) providing life-sustaining treatment, or (b) doing any act he reasonably believes to be necessary to prevent a serious deterioration in P's condition, while a decision as respects any relevant issue is sought from the court”.

593 MCA, s 25 (4).

594 Sul punto, cfr. *infra*, in questo paragrafo, lettera b).

595 MCA, s 25 (2).

precedente dichiarazione deve essere necessariamente tenuto dal paziente *capace*, o se è invece sufficiente anche un comportamento da questi tenuto una volta divenuto *incapace*. Nonostante la lettera della norma, che non menziona la capacità del paziente come requisito necessario, sembri ammettere questa possibilità, è stato tuttavia fatto notare che sarebbe quantomeno “bizzarro” che la *advance decision*, una volta sopraggiunta l'incapacità, non possa essere modificata dall'interessato con una dichiarazione espressa⁵⁹⁶, mentre potrebbe esserlo con un comportamento concludente⁵⁹⁷.

Come esempio di comportamento *clearly inconsistent* con la dichiarazione anticipata è stato citato il caso *HE v A Hospital NHS Trust*⁵⁹⁸. In questo caso una donna, D., aveva espresso la volontà di non ricevere trasfusioni di sangue, data la sua appartenenza alla confessione dei Testimoni di Geova. Dopo alcuni anni, a causa di una malformazione cardiaca, D. si era trovata nella necessità vitale di ricevere in tempi molto stretti una trasfusione. Non potendo questa acconsentire perchè in stato di incoscienza, la questione era stata portata davanti al giudice, perchè decidesse circa la validità della dichiarazione anticipata. Questi ha autorizzato la trasfusione, affermando che i cambiamenti avvenuti nella vita di D. nel periodo successivo alla dichiarazione (in particolare, la donna aveva da alcuni mesi cessato di frequentare le attività dei Testimoni di Geova, ed aveva promesso al fidanzato, musulmano, di convertirsi alla sua fede) avevano posto in dubbio la validità della stessa e che, in

596 MCA, s 25 (2).

597 Jackson E., *Medical law*, cit., p. 245.

598 *HE v A Hospital NHS Trust* [2003] EWHC 1017, Munby J. Porta ad esempio questo caso Jackson E., *Medical law*, cit., p. 244: nonostante la sentenza sia stata emessa prima dell'entrata in vigore del *Mental Capacity Act*, dato che i principi applicabili in argomento, elaborati dalla giurisprudenza, erano analoghi a quelli inseriti nel testo normativo.

caso di dubbio, la questione deve essere risolta “in favour of the preservation of life”.

b) In assenza di una valida dichiarazione anticipata di trattamento, a prevalere sulle ulteriori modalità di *substituted decision* è la nomina di un *donee*, ossia di un soggetto al quale un individuo (capace) attribuisce il compito di decidere in relazione a questioni inerenti il proprio *personal welfare* o “property and affairs” (in generale o per questioni specifiche) in caso di futura perdita della propria capacità.

L'atto – per il quale è necessaria la forma scritta – con il quale il *donee* è nominato è detto *lasting power of attorney*; per acquisire efficacia, esso deve essere registrato presso un *public guardian* e seguire alcune indicazioni relative a forma e contenuto, contenute nello *Schedule 1* allegato al MCA⁵⁹⁹. E' sempre revocabile finchè il *donor* (ossia chi pone in essere l'atto) mantiene la capacità di farlo, e può cessare in altri casi specificamente indicati nel MCA⁶⁰⁰. Vi sono alcuni limiti ai poteri del *donee*, tra i quali spicca l'impossibilità che questi opponga un rifiuto ad un trattamento salvavita sul paziente se questa possibilità non è stata espressamente specificata nel *lasting power of attorney*. Il *donee*, anche ove l'atto istitutivo prevedesse il contrario, non può inoltre acconsentire al compimento di una serie di atti elencati dal MCA: si tratta di atti personalissimi quali: “(a) consenting to marriage or a civil partnership, (b) consenting to have sexual relations, (c) consenting to a decree of divorce being granted on the basis of

599 Per modelli e indicazioni si v. anche le indicazioni contenute nel sito www.gov.uk/government/collections/lasting-power-of-attorney-forms). Anche in questo caso l'atto può essere effettuato solamente da un soggetto maggiorenne.

600 MCA, s 13. Ad esempio, se nell'atto non è specificato altrimenti, il *lasting power of attorney* perde efficacia in caso di divorzio o di cessazione dell'unione civile tra *donor* e *donee* (MCA, s 13).

two years' separation, (d) consenting to a dissolution order being made in relation to a civil partnership on the basis of two years' separation, (e) consenting to a child's being placed for adoption by an adoption agency, (f) consenting to the making of an adoption order, (g) discharging parental responsibilities in matters not relating to a child's property, (...) (i) giving a consent under the Human Fertilisation and Embryology Act 2008”⁶⁰¹.

Mentre la possibilità di acconsentire ad una privazione di libertà è regolata in seno allo *Schedule A1*, introdotto nel MCA con la riforma del 2007, che sarà illustrato nel prossimo paragrafo, la contenzione⁶⁰² – che come abbiamo visto non è considerata *di per sé* privazione di libertà – è invece disciplinata in seno al MCA. Essa può essere autorizzata dal *donee* quando questi “abbia motivo di ritenerlo necessario al fine di evitare un danno [*harm*] al paziente”, sempre che l'atto sia una “risposta proporzionata alla probabilità che il paziente soffra un danno ed alla sua gravità”⁶⁰³.

c) Un'altra possibilità di *substituted decision* è costituita dall'intervento diretto della *Court of Protection*⁶⁰⁴. La Corte ha, in primo luogo, il potere di dichiarare la capacità o incapacità di un individuo in relazione ad una specifica questione, nonché di dichiarare legittimità di un atto⁶⁰⁵ da compiersi – o già compiuto – nei confronti di un soggetto incapace.

601 MCA, s 27.

602 Ricordiamo che in seno al MCA il *restraint* consiste nell'uso della forza, o nella sua minaccia, per permettere l'esecuzione di un atto al quale il paziente si oppone, oppure nella limitazione della sua libertà di movimento, indipendentemente dalla resistenza da questi eventualmente opposta (MCA, s 11 (5)).

603 MCA, s 11 (4).

604 Le norme relative sono in MCA, s 15 ss.

605 O, come chiarisce espressamente s 15 (2), di un'omissione.

Può altresì prendere decisioni in relazione a *personal welfare* o a “property and affairs” di un soggetto incapace. Il MCA, in un elenco non esaustivo, indica le questioni comprese in questi ambiti; per quanto riguarda il *personal welfare*, che qui più interessa, le decisioni in merito possono riguardare ad esempio “il tipo di contatto” che il paziente può avere con determinate persone ed il consenso o rifiuto all'avvio o al proseguimento di un trattamento sanitario^{606,607}.

Le decisioni della Corte non possono essere in contrasto con valide direttive anticipate lasciate dal paziente: pur non essendo espressamente affermato nelle norme che regolano le decisioni della Corte, si può giungere a questa conclusione⁶⁰⁸ osservando che la Corte non può prendere decisioni nei

606 MCA, s 17 (1): “the powers under section 16 as respects P’s personal welfare extend in particular to (b)deciding what contact, if any, P is to have with any specified persons; (c)making an order prohibiting a named person from having contact with P; (d)giving or refusing consent to the carrying out or continuation of a treatment by a person providing health care for P; (e)giving a direction that a person responsible for P’s health care allow a different person to take over that responsibility”.

607 L'elenco, non esaustivo, delle possibili questioni inerenti *property and affairs* è contenuto in s 18: “(a)the control and management of P’s property; (b)the sale, exchange, charging, gift or other disposition of P’s property; (c)the acquisition of property in P’s name or on P’s behalf; (d)the carrying on, on P’s behalf, of any profession, trade or business; (e)the taking of a decision which will have the effect of dissolving a partnership of which P is a member; (f)the carrying out of any contract entered into by P; (g)the discharge of P’s debts and of any of P’s obligations, whether legally enforceable or not; (h)the settlement of any of P’s property, whether for P’s benefit or for the benefit of others; (i)the execution for P of a will; (j)the exercise of any power (including a power to consent) vested in P whether beneficially or as trustee or otherwise; (k)the conduct of legal proceedings in P’s name or on P’s behalf”.

608 Come suggerisce Bowen, P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 181.

confronti di un soggetto capace e che le *advance decisions*, per una *fictio iuris*, hanno lo stesso valore di una decisione presa da un paziente capace “nel momento in cui sorge il problema”⁶⁰⁹. Analogamente, la Corte non può pronunciarsi in contrasto con quanto deciso da un *donee*; può, tuttavia, revocare l'atto di nomina di quest'ultimo se il paziente non ha a capacità di farlo e la Corte ritiene che questi agisca o intenda agire in contrasto con il suo ruolo o con il *best interest* del paziente⁶¹⁰.

Come visto per il *donee*, nemmeno la Corte può prendere decisioni “personalissime” per conto del paziente⁶¹¹; anche in questo caso, inoltre, decisioni che implicino *deprivation of liberty* sono regolate dallo *Schedule A1*, allegato al MCA; per quanto riguarda la contenzione, invece, la Corte, diversamente da quanto visto per il *donee*, non deve rispettare espresse limitazioni disposte dal testo di legge. Tuttavia, in via interpretativa deve ritenersi⁶¹² che nemmeno la Corte possa disporre una contenzione se non “abbia motivo di ritenerla necessaria per evitare un danno al paziente”, o se il *restraint* costituirebbe, nel caso concreto, una “risposta [s]proporzionata alla probabilità che il paziente soffra un danno ed alla sua gravità”⁶¹³.

d) La *Court of Protection* può, inoltre, nominare un

609 MCA, s 26: “(1) If P has made an advance decision which is (a) valid, and (b) applicable to a treatment, the decision has effect as if he had made it, and had had capacity to make it, at the time when the question arises whether the treatment should be carried out or continued”.

610 MCA, s 22 (3). Cfr. Bowen, P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 181.

611 Per dettagli circa questa limitazione v. questo paragrafo, lettera b).

612 Cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 181, che ritiene che una diversa interpretazione sarebbe in netto contrasto con la Convenzione EDU (in particolare art. 8).

613 Come previsto da MCA, s 11 (4) per i *donees*.

deputy, ossia un soggetto che prenda una o più decisioni nel *best interest* del paziente. Il MCA chiarisce che è generalmente preferibile la Corte prenda direttamente le decisioni per il paziente: la nomina del *deputy* andrà effettuata solo eccezionalmente, nel caso in cui ciò sia necessario per garantire il raggiungimento di una soluzione migliore, nel *best interest* del paziente⁶¹⁴.

Durata e contenuto dei poteri attribuiti al *deputy* devono essere ben definiti (la Corte, inoltre, può dare, anche successivamente alla nomina, le indicazioni e direttive che ritenga necessarie⁶¹⁵). In ogni caso, il *deputy* è soggetto a maggiori limitazioni rispetto agli altri metodi di *substituted decision*: in particolare non potrà prendere decisioni che comportino il rifiuto di un trattamento salvavita, né vietare a determinate persone di avere contatti con il paziente. Il *deputy* non può prendere alcuna decisione che contrasti con una direttiva anticipata o con quanto stabilito da un *donee*, né può prendere decisioni “personalissime” per conto del paziente⁶¹⁶.

Una decisione del *deputy* può comportare la contenzione del paziente solo tale potere sia stato espressamente attribuito dalla Corte al *deputy*; anche in questo caso la decisione di *restraint* sarà legittima solo ove siano rispettate le regole già illustrate per la legittimità del *restraint* imposto da un *donee*⁶¹⁷. Anche in questo caso, infine, eventuali decisioni che implicino *deprivation of liberty* sono regolate dallo *Schedule A1*, allegato al MCA.

e) Per concludere, l'ultimo gradino nella scala delle *substituted decisions* è occupato dalle decisioni prese da chi si prenda cura del paziente (non necessariamente personale

614 MCA, s 16 (4).

615 MCA, s 16 (4) e (5).

616 Per dettagli circa questa limitazione v. questo paragrafo, lettera b).

617 Per il *deputy*, queste regole sono dettate in MCA, s 20.

sanitario, ma anche “family and other carers”⁶¹⁸) in relazione alla cura o al trattamento del paziente. Gli atti medici non possono contrastare con direttive anticipate o decisioni di *donee, deputies*⁶¹⁹ o della *Court of Protection*; tuttavia in assenza di una di queste forme di *substituted decision* il medico ha la possibilità di prendere autonomamente la decisione che ritenga migliore per il paziente incapace.

La norma qui illustrata è intesa in primo luogo come una “protection from liability” per chi si trovi a curare pazienti incapaci: “it stops them being prosecuted for acts that could otherwise be classed as civil wrongs or crimes”, permettendo che le cure agli incapaci siano somministrate senza il bisogno di una formale autorizzazione in tal senso⁶²⁰. Più precisamente, l'azione compiuta sul paziente incapace è legittima se il *carer* “ragionevolmente⁶²¹ ritiene” che l'atto che intende compiere costituisca il *best interest* del paziente e che questi sia incapace di prendere una decisione⁶²².

Anche al *carer* sono posti limiti al compimento di alcuni atti, tra cui gli atti personalissimi, la privazione di libertà al di fuori di quanto previsto nello *Schedule A1* allegato al MCA; analogamente al *donee*, anche il mero *carer* può legittimamente disporre la contenzione del paziente: è sufficiente che rispetti le regole circa la necessità dell'intervento e la proporzionalità tra questo ed il rischio che il paziente subisca un danno in assenza di contenzione⁶²³. Il *Code of Practice* ricorda che in questo

618 MCA *Code of Practice*, par. 6.2. Cfr. anche par. 6.20.

619 MCA, s 6 (6).

620 Cfr. MCA *Code of Practice*, par. 6.2.

621 Per chiarimenti su cosa debba intendersi, in questo contesto, per “ragionevolezza”, cfr. il MCA *Code of Practice*, par. 6.29 ss.

622 MCA, s 5 (1). Prima del compimento dell'atto è richiesto che il sanitario “takes reasonable steps to establish whether [the patient] lacks capacity in relation to the matter in question”.

623 MCA, s 6 (3). Cfr. anche il *Code of Practice*, par. 6.40 ss.

campo hanno efficacia anche le regole di *common law* che ammettono l'utilizzo della contenzione (sempre che non si tramuti in vera e propria *deprivation of liberty*) anche nel caso in cui il soggetto esposto al rischio non sia il paziente stesso, ma una (o più) altre persone: “staff may, under the common law, take appropriate and necessary action to restrain or remove the person, in order to prevent harm, both to the person concerned and to anyone else”⁶²⁴.

Un aspetto poco chiaro di questa disciplina consiste nella mancanza di indicazioni per il caso in cui *non* vi siano né direttive anticipate né altre forme di *substituted decision* che il *carer* deve rispettare: quando sorge il dovere di richiedere l'intervento della *Court of Protection*, o anche, più semplicemente, di interpellare il *deputy* o il *donee*, se presenti? Il *Code of Practice* richiede per alcuni atti una “special consideration” da parte del *carer*: “for example, major surgery or a decision that no attempt is to be made to resuscitate the patient”. Tuttavia, la *special consideration* richiesta si risolve in una attenta considerazione di ciò che costituisce il *best interest* del paziente⁶²⁵. Solo per i seguenti casi è invece espressamente richiesto che il caso sia portato davanti alla *Court of Protection*⁶²⁶: cessazione di nutrizione e idratazione artificiali di un paziente in stato vegetativo permanente, donazione di organi o di midollo osseo; sterilizzazione (a scopo non terapeutico), e, infine, “casi in cui vi è un contrasto rispetto al fatto che un determinato trattamento rientri o meno nel *best interest* del paziente”⁶²⁷.

624 MCA *Code of Practice*, par. 6.43.

625 “Healthcare staff must carefully work out what would be in the person’s best interests”: MCA *Code of Practice*, par. 6.16.

626 In caso di assenza di direttive anticipate o di *donee*.

627 MCA *Code of Practice*, par. 6.18.

4.1. L'Independent Mental Capacity Advocate

L'*Independent Mental Capacity Advocate* è una figura istituita dal MCA allo scopo di “rappresentare e supportare”⁶²⁸ i pazienti incapaci per i quali non vi siano altre figure “appropriate to consult in determining what would be in P’s best interests”⁶²⁹ quali *donee* o *deputies*. In particolare questi dovrà essere indipendente dalla persona che prenderà la decisione; supportare l'incapace e rappresentarlo; fornire informazioni per individuare quale sia il *best interest* del paziente; contestare le decisioni che non gli appaiano in linea con il *best interest* del paziente⁶³⁰.

L'*Independent Mental Capacity Advocate* deve necessariamente essere nominato – e consultato – in alcuni casi determinati: in particolare ove si intenda sottoporre il paziente ad un “serious medical treatment”⁶³¹ oppure ricoverarlo in ospedale o casa di cura per un periodo di tempo significativo⁶³².

628 MCA, s 35. La funzioni “generali” dell'IMCA sono così riassunte in s 36: “(a) providing support to the person whom he has been instructed to represent (“P”) so that P may participate as fully as possible in any relevant decision; (b) obtaining and evaluating relevant information; (c) ascertaining what P's wishes and feelings would be likely to be, and the beliefs and values that would be likely to influence P, if he had capacity; (d) ascertaining what alternative courses of action are available in relation to P; (e) obtaining a further medical opinion where treatment is proposed and the advocate thinks that one should be obtained”.

629 MCA, s 37.

630 MCA *Code of Practice*, par. 10.4.

631 MCA, s 37.

632 Ossia più di ventotto giorni per il ricovero in ospedale, o più di otto settimane per il ricovero in casa di cura. MCA, s 38. Per maggiori informazioni circa il ruolo dell'*Independent Mental Capacity Advocate* v. MCA *Code of Practice*, par. 10.4., par. 10.1 ss, e MCA, s 35 ss., nonché Bowen P., *The Blackstone's guide*, cit., p. 189 s.

Come vedremo nel prossimo paragrafo, l'*Independent Mental Capacity Advocate* interviene anche nel caso in cui sia in gioco una privazione di libertà del paziente incapace.

5. “Detention for care and treatment”: la privazione di libertà del paziente incapace.

Prima dell'entrata in vigore degli emendamenti approvati nel 2007, il MCA prevedeva una disciplina molto rigida della privazione di libertà dei soggetti incapaci. La risposta, contenuta nel MCA del 2005, volta ad adeguare la normativa alla pronuncia della Corte di Strasburgo sul *caso Bournewood*⁶³³ consentiva di disporre un ricovero “privativo della libertà” di un incapace⁶³⁴ solamente ove vi fosse l'autorizzazione della *Court of Protection*⁶³⁵. Come già accennato, nella sentenza *HL c. Regno Unito* la Corte EDU ha riscontrato la violazione dell'art. 5 Cedu in relazione al ricovero “informale” (ossia senza alcuna particolare procedura né garanzia) del ricorrente, legalmente incapace di acconsentire al ricovero a causa di *mental deficiency*⁶³⁶, dal momento che il ricorrente, incapace, era stato trattenuto a prescindere dalla prestazione di alcun valido consenso, realizzando una vera e propria “privazione di libertà”⁶³⁷ ai sensi della Convenzione

633 C. eur. dir. uomo, sent. 14 settembre 2004, ric. n. 45508/99, *HL c. Regno Unito*, cit. Su di essa v. anche *supra*, sez. I, par. 2.2.2.

634 Sul concetto di “privazione di libertà” v. *supra*, in questa sezione, par. 2.

635 MCA, s 4A e 16 (2)(a).

636 Il ricorrente “has suffered from autism since birth. He is unable to speak and his level of understanding is limited. He is frequently agitated and has a history of self-harming behaviour” (*HL c. Regno Unito*, cit., § 9).

637 A tali pazienti, infatti, veniva *de facto* negata la libertà di allontanarsi dal luogo di ricovero, di decidere autonomamente quali

EDU, non sufficientemente regolata dalla legge⁶³⁸.

Nel 2007 è stata approvata una nuova disciplina (contenuta principalmente nello *Schedule A1* allegato al MCA), che ha esteso i casi e i modi in cui gli incapaci possono essere privati della libertà. Ad oggi, dunque, in Gran Bretagna un individuo incapace può essere privato della propria libertà in seguito al ricovero in ospedale o in altro luogo di assistenza o di cura non solo su autorizzazione della *Court of Protection*, ma anche *in attesa* dell'autorizzazione della Corte, nel caso in cui sia necessario somministrare al paziente un trattamento salvavita o un “vital act”^{639,640}.

E' stata inoltre istituita una diversa procedura di autorizzazione al ricovero, che non prevede l'intervento dell'autorità giurisdizionale: se ne illustreranno le principali caratteristiche nel paragrafo seguente.

persone frequentare, a quali terapie sottoporsi, ecc.

638 Come visto nella sez. I, la mera giustificazione di *common law* basata sulla *doctrine of necessity* non è stata dalla Corte europea considerata base legale sufficiente per ritenere la privazione di libertà legittima in quanto “*prescribed by law*”, come richiesto dall'art. 5 Cedu.

639 Il MCA, s 4B, (5), chiarisce la definizione di “vital act”: “a vital act is any act which the person doing it reasonably believes to be necessary to prevent a serious deterioration in P's condition”.

640 MCA, s 4B, (2) ss.: “The first condition is that there is a question about whether D is authorised to deprive P of his liberty under section 4A. The second condition is that the deprivation of liberty - (a) is wholly or partly for the purpose of - giving P life-sustaining treatment, or doing any vital act, or (b) consists wholly or partly of - giving P life-sustaining treatment, or doing any vital act. The third condition is that the deprivation of liberty is necessary in order to (a) give the life-sustaining treatment, or (b) do the vital act”.

5.1. Le nuove procedure di autorizzazione.

Lo *Schedule A1* allegato al MCA prevede due procedure di autorizzazione al ricovero di soggetti incapaci che ne comporti una privazione di libertà: una “standard” ed una utilizzabile solamente nei casi di urgenza.

La *standard authorization* permette il ricovero del paziente fino ad un anno. La richiesta di autorizzazione al ricovero viene avanzata dalla “managing authority” – ossia dalla persona o dall'ente responsabile della struttura dove il ricovero deve avvenire – ed è indirizzata al *supervisory body*. E' quest'ultimo a decidere se concedere o meno l'autorizzazione, verificando il rispetto delle condizioni poste dalla legge per la legittima privazione di libertà di un incapace. Il *supervisory body* è l'ente responsabile “for providing [the patient] with health care services under the NHS Acts (...) and community care services (local authority)”⁶⁴¹. Si tratta dunque di un ente equiparabile a quello che nell'ordinamento italiano è l'autorità sanitaria locale.

In alcuni casi può verificarsi una sovrapposizione tra la *managing authority* ed il *supervisory body*: nel caso in cui l'ente “richiedente” e l'ente “autorizzante” vengano a coincidere, il MCA chiarisce che ciò “does not prevent the body from carrying out functions under this Schedule in each capacity”, delegando a fonti regolamentari il compito di individuare procedure volte ad evitare il conflitto di interessi.

L'autorizzazione è concessa dal *supervisory body* se ritiene soddisfatti i seguenti requisiti: “the age requirement”; “the mental health requirement”; “the mental capacity requirement”; “the best interests requirement”; “the eligibility requirement”; “the no refusals requirement”⁶⁴².

641 Così Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 217.

642 I requisiti sono elencati al par. 12 dello *Schedule A1*; il loro contenuto è illustrato nei par. successivi.

Il primo requisito richiede che il paziente abbia raggiunto la maggiore età (dunque, i diciotto anni). Il *mental health requirement* richiede invece che questi soffra di un disturbo mentale: per questa espressione vale la stessa definizione fornita dal *Mental Health Act*, ossia “any disorder or disability of the mind”⁶⁴³, ma – al contrario di questo – non vi è alcuna esclusione per chi avesse una *learning disability*⁶⁴⁴. Per soddisfare il *mental capacity requirement*, il paziente deve essere ritenuto incapace di decidere in merito al proprio ricovero, mentre il *best interest requirement* richiede che sia compiuta una valutazione della situazione in cui si trova il paziente che si intende ricoverare. Non è sufficiente che il ricovero rientri genericamente nel *best interest* del paziente: esso deve altresì essere, in particolare, necessario per prevenire un danno (“harm”) allo stesso, e una “risposta proporzionata” alla probabilità che tale danno di verifichi ed alla sua gravità.

L'*eligibility requirement* riguarda, in sostanza, la sovrapposizione tra le previsioni del MCA e quelle del MHA. La relativa norma non risulta particolarmente chiarificatrice: il par. 17 dello *Schedule A1* dispone che l'*eligibility requirement* è soddisfatto a meno che il paziente questi sia “ineligible to be deprived of liberty by this Act”, rimandando ad un diverso *Schedule* (lo *Schedule 1A*) per determinare se il paziente sia o meno “ineligible to be deprived of liberty by this Act”. Poiché la linea di confine tra MCA e MHA non è priva di zone d'ombra, questo aspetto sarà trattato in seguito, per rendere possibile un maggior approfondimento.

Da ultimo, l'autorizzazione *standard* al ricovero di un incapace sarà concessa se è soddisfatto anche il *no refusals*

643 Cfr. *supra*, sez. II, par. 1.2.

644 Il *Mental Health Act* infatti ammette il ricovero coatto di chi soffra di *learning disability* solamente nel caso in cui presenti un comportamento “abnormally aggressive or seriously irresponsible” (MHA, s 1 (2A) e (2B): sul punto v. *supra*, sez. II, par. 1.2.

requirement. Questa espressione fa riferimento alla necessità che il paziente – incapace – non abbia rifiutato il ricovero e/o il trattamento proposto in una valida *advance decision*; il rifiuto può anche provenire da un *donee* o un *deputy* validamente nominati. Il fatto che il paziente incapace *de facto* si opponga al proprio ricovero non sembra, invece, avere alcuna rilevanza ai fini della concessione dell'autorizzazione.

La richiesta di autorizzazione, come anticipato, deve essere avanzata dalla *managing authority* del luogo di cura ove il paziente deve essere ricoverato, prima dell'inizio del ricovero stesso⁶⁴⁵; altri soggetti interessati, se ritengono che il paziente si trovi in una situazione di privazione di libertà in assenza di autorizzazione, possono sollecitare la *managing authority* perchè avanzi la domanda. Ove questa non provveda, è possibile segnalare direttamente il caso al *supervisory body* affinchè valuti se è in atto una privazione di libertà non autorizzata⁶⁴⁶ e, nel caso, prenda una decisione in merito all'autorizzazione o meno della stessa.

Dopo aver effettuato la valutazione del caso, con riferimento a ciascun requisito⁶⁴⁷, il *supervisory body* potrà decidere di autorizzare – o meno – il ricovero del paziente, e potrà indicare alla *managing authority* le condizioni da rispettare per garantire il rispetto del *best interest* del paziente. La durata dell'autorizzazione viene stabilita dallo stesso *supervisory body*, ma non può essere superiore ad un anno, ed è rinnovabile – su richiesta della *managing authority* – allo scadere del periodo⁶⁴⁸.

Per ciascun paziente per il quale viene richiesta autorizzazione al ricovero *ex Schedule A1* deve essere

645 *Schedule A1*, par. 24.

646 *Schedule A1*, par. 68.

647 Per maggiori dettagli circa il procedimento di *assessment*, si v. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 226 ss.

648 *Schedule A1*, par. 68.

nominato, da parte del *supervisory body*, un *Independent Mental Capacity Advocate*, nel caso in cui non vi sia nessuna figura più adatta per determinare quale sia il *best interest* del paziente⁶⁴⁹. L'*Independent Mental Capacity Advocate*, oltre alle funzioni di supporto del paziente nel comprendere le decisioni prese nei suoi confronti e nel raccogliere informazioni cui si è accennato *supra*⁶⁵⁰, quando opera nel contesto dello *Schedule A1* ha alcuni ulteriori, specifiche, funzioni: tra queste, l'*Independent Mental Capacity Advocate* ha la facoltà di richiedere tutta la documentazione relativa all'autorizzazione al ricovero del paziente e ad eventuali rinnovi⁶⁵¹ e di presentare ricorso alla *Court of Protection* nei casi previsti⁶⁵².

Una volta concessa una *standard authorization*, sorge il dovere per la *managing authority* di nominare un “rappresentante” per il paziente. Questi può essere indicato dal paziente – se ha la capacità per farlo – oppure dall'eventuale *donee* o *deputy*, tra i familiari o altre persone vicine al paziente, se presenti⁶⁵³. La sua funzione è quella di “maintain contact with the relevant person, represent the relevant person in

649 Il riferimento è a individui “other than one engaged in providing care or treatment for [the patient]”; in particolare, può trattarsi di “a person nominated by [the patient] (in whatever manner) as a person to be consulted on matters to which that duty relates, a donee of a lasting power of attorney created by [the patient] who is authorised to make decisions in relation to those matters, or a deputy appointed by the court for [the patient] with power to make decisions in relation to those matters” (MCA, s 40).

650 Par. 1.2.1. MCA, s 36.

651 Le decisioni del *supervisory body* di autorizzazione o diniego del ricovero devono essergli notificate: s 39A.

652 Dei ricorsi alla Corte nel quadro del MCA si tratterà al par. seguente.

653 In caso contrario, la scelta ricadrà su di un professionista, pagato allo scopo, a differenza delle altre figure. Cfr. Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 247.

matters relating to or connected with this Schedule, and support the relevant person in matters relating to or connected with this Schedule”⁶⁵⁴: si tratta dunque di funzioni analoghe a quelle dell'*Independent Mental Capacity Advocate*. A differenza di quest'ultimo, tuttavia, il rappresentante del paziente deve essere nominato *anche se* sono già presenti *donee, deputy* o altre persone “adatte”. Di fatto, tuttavia, il ruolo di rappresentante sarà in concreto spesso ricoperto proprio da una di queste figure, se presenti⁶⁵⁵.

Nei casi di urgenza, in cui non sia possibile rispettare la procedura standard, è possibile per la *managing authority* emettere una autorizzazione provvisoria al ricovero del paziente, senza attendere l'approvazione del *supervisory body*. Si tratta della cd. *urgent authorization*⁶⁵⁶: essa può essere emessa solo ove vi sia fondato motivo di ritenere che sussistano i requisiti per il rilascio dell'autorizzazione standard, se “the need for the relevant person to be a detained resident is so urgent that it is appropriate for the detention to begin before they make the request”⁶⁵⁷. La *urgent authorization* ha una validità di sette giorni (il *supervisory body* può prorogarne la durata di ulteriori sette giorni, in presenza di motivi “eccezionali”); anch'essa richiede la nomina di un *Independent Mental Capacity Advocate*, in assenza di altre figure più idonee.

5.2. Le possibilità di opposizione.

Una volta emessa una *standard authorization*, vi sono due modalità, per il paziente ed altri soggetti interessati, di opporsi ad essa.

654 *Schedule A1*, par. 141.

655 Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 248.

656 *Schedule A1*, Part 5.

657 *Schedule A1*, par. 76.

Una prima modalità è la richiesta di *review*, che va presentata direttamente al *supervisory body*, ossia all'ente che ha emesso l'autorizzazione. Possono richiederla il paziente stesso, il suo rappresentante o la *managing authority*⁶⁵⁸: il *supervisory body* ha in tal caso il dovere di revisionare la sussistenza dei “qualifying requirements” che avevano condotto alla concessione dell'autorizzazione.

Il paziente ed altri soggetti possono altresì rivolgersi alla *Court of Protection*. Questa può sindacare il provvedimento autorizzativo sotto diversi aspetti: in primo luogo, può valutare se il paziente effettivamente “meets one or more of the qualifying requirements”; può altresì pronunciarsi in merito alla vigenza temporale dell'autorizzazione, nonché sul “the purpose for which the standard authorisation is given”. Può, infine, sindacare le condizioni eventualmente apposte dal *supervisory body* nel concedere l'autorizzazione⁶⁵⁹.

La Corte, all'esito del giudizio, può direttamente porre fine all'autorizzazione o modificarla, o ordinare al *supervisory body* di procedere in questo senso.

Possono adire la Corte il paziente stesso, il *donee*, il *deputy*, o il rappresentante del paziente; anche altri soggetti interessati possono proporre ricorso, ma la loro istanza è soggetta ad un “filtro” ulteriore, dovendo ricevere una particolare autorizzazione per poter essere presa in considerazione dalla Corte⁶⁶⁰.

658 E può essere avviata anche d'ufficio dal *supervisory body*: *Schedule A1*, par. 103.

659 MCA, s 21A.

660 MCA, s 50.

SEZIONE IV. LE INTERAZIONI TRA *MENTAL CAPACITY ACT* E *MENTAL HEALTH ACT* ED UNO SGUARDO ALLA PRASSI.

1. Gli spazi di sovrapposizione tra MHA e MCA. - 2. La soluzione inglese a "hard cases" emblematici. - 2.1. Il rifiuto delle cure opposto dalla donna in gravidanza. - 2.2. Anoressia nervosa e altre forme di rifiuto del cibo: "force feeding". - 2.3 Sterilizzazione di soggetti incapaci. - 2.4. Il rifiuto "irrazionale" di trattamenti salvavita.

1. Gli spazi di sovrapposizione tra MHA e MCA.

Come si è visto, le garanzie apprestate dalla normativa per i ricoveri coatti di tipo psichiatrico e quelle previste dallo *Schedule A1* del *Mental Capacity Act* per il ricovero "generico" dei soggetti incapaci sono diverse tra loro: seguono procedure e vedono il coinvolgimento di soggetti diversi. Le differenze non sono di poco conto: basti ricordare che in seno al MCA il ricovero di un paziente incapace può non essere *mai* sottoposto al controllo giurisdizionale, se non richiesto da alcuno degli aventi diritto: la *Court of Protection* interviene solamente se sollecitata. Al contrario il *Mental Health Act* richiede l'intervento "automatico" del giudice anche qualora questi non venga adito dai soggetti interessati (seppur in un periodo iniziale – della durata, non insignificante, di tre mesi⁶⁶¹ – anch'esso permetta di "fare a meno" di un controllo giurisdizionale).

Da un lato, dunque, il *Mental Health Act* prevede un controllo giurisdizionale più stringente sulla legittimità del

661 Cfr. *supra*, sez. II, par. 6 e 6.2.

ricovero; d'altra parte va tenuto presente che mentre il *Mental Capacity Act* è finalizzato all'individuazione del trattamento che meglio risponda al *best interest* del paziente, il *Mental Health Act* ammette che i ricoveri ed i trattamenti rispondano anche ad esigenze diverse da – ed eventualmente contrastanti con – quelle del paziente: questi possono anche essere disposti *contro* il suo *best interest*, se finalizzati “alla protezione di altre persone”⁶⁶². Analogamente, la contenzione è possibile nel MCA solamente per proteggere il paziente stesso, diversamente da quanto visto nel MHA⁶⁶³. Per riassumere, la differenza di fondo tra *Mental Capacity Act* e *Mental Health Act* sono state così efficacemente inquadrata: “patient autonomy and best interest v. paternalism and risk reduction”⁶⁶⁴.

Nella prassi, possono verificarsi casi in cui non è chiaro quale sia la disciplina applicabile in determinate circostanze. In particolare si pensi al caso di un soggetto che appaia incapace di prendere decisioni circa il trattamento, che necessiti, a parere dei medici, di un trattamento psichiatrico⁶⁶⁵.

In linea di principio, il MCA può trovare applicazione anche in relazione a trattamenti psichiatrici, oltre che fisici⁶⁶⁶. La “linea di confine”, che appare poco definita, è oggetto di discussione in dottrina e giurisprudenza⁶⁶⁷. Mentre alcuni autori hanno ritenuto che “i procedimenti informali del MCA devono

662 MHA, s 3 (2).

663 V. anche MCA *Code of Practice*, par. 13.5 s.

664 Cairns R., Richardson G., Hotopf M., *Deprivation of liberty: Mental Capacity Act safeguards versus the Mental Health Act*, in *The Psychiatrist*, 2010, 34, pp. 246 ss.

665 Può del resto immaginarsi che un caso del genere sia anzi piuttosto frequente, nonostante, come abbiamo visto, un disturbato psichico non debba automaticamente considerarsi anche incapace (cfr. MCA *Code of Practice*, par. 13.2).

666 Cfr. MCA *Code of Practice*, par. 13.4.

667 V. anche il cap. 13 del MCA *Code of Practice* per ulteriori informazioni e chiarimenti in argomento.

essere preferiti alle procedure formali previste dal MHA, a meno che quest'ultimo *debba necessariamente* essere usato”⁶⁶⁸, dando quindi la “prevalenza” al MCA, in caso di dubbio, in giurisprudenza si è invece chiarito che “ove fosse in dubbio quale dei due *statutes* debba utilizzarsi, la prevalenza [*primacy*] deve essere attribuita al *Mental Health Act*”⁶⁶⁹: “the medical practitioners (...) cannot pick and choose between the two statutory regimes as they think fit having regard to general considerations (e.g. the preservation or promotion of a therapeutic relationship with P) that they consider render one regime preferable to the other”⁶⁷⁰.

Come accennato⁶⁷¹, secondo le regole previste dal MCA per la *deprivation of liberty* di un paziente deve essere valutata la “*eligibility*” del paziente⁶⁷²: “[t]he relevant person meets the eligibility requirement unless he is ineligible to be deprived of liberty by this Act”⁶⁷³. Ciò significa, in sostanza, che il MCA non può applicarsi ove debba applicarsi il *Mental Health Act*. La previsione, di per sé, appare tautologica, ed interpretabile in diversi modi. Lo *Schedule 1A* del MCA tenta pertanto di chiarire il significato di questa previsione, al fine di individuare *quando* il paziente sia *effettivamente* “ineligible”: in particolare, lo *Schedule 1A* chiarisce che si ha “ineligibility” se il trattamento cui il paziente deve essere sottoposto è di tipo psichiatrico, e se questi si trovi già ricoverato coattivamente nel quadro del MHA. Tuttavia il paziente risulta *ineligible* per il MCA anche se, al momento della valutazione, questi *non* è ricoverato nel quadro del MHA, se la sua situazione rientri comunque “within the scope” del MHA (dunque se le sue

668 Così Bowen P., *The Blackstone's Guide*, cit., p. 274.

669 *GJ v Foundation Trust* [2009] EWHC 2972 (Fam), par. 37.

670 *Ivi*, par. 45.

671 Cfr. la sez. precedente.

672 *Schedule 1A* annesso al MCA.

673 *Schedule 1A*, par. 17 (1).

condizioni potrebbero giustificare il ricovero *for treatment* o *for assessment* per disturbo psichiatrico⁶⁷⁴) e se il paziente “obietta” al ricovero ed al trattamento psichiatrico.

Perché il paziente “obietti” al ricovero o al trattamento non è necessario che questi abbia la *capacità* di farlo: è sufficiente che dimostri in qualche modo di non accettare il trattamento impostogli⁶⁷⁵ perché debba essere attivato il MHA, con le relative garanzie. Questa previsione, che appare particolarmente garantista nei confronti del paziente incapace, dando rilievo alla sua opinione nonostante l'incapacità, perde gran parte della sua forza ove si noti che l'obiezione del paziente *non* deve essere tenuta in considerazione se un *deputy* o un *donee* abbia acconsentito, in luogo del paziente, al trattamento in questione⁶⁷⁶.

Quanto al fatto che il caso rientri o meno “whitin the scope” del MHA, la giurisprudenza ha chiarito che ciò che rileva è il *purpose* del ricovero: se il ricovero è sostanzialmente volto alla cura di un disturbo di tipo fisico, mentre non sarebbe richiesto dal solo disturbo psichico, il paziente dovrà essere soggetto al MCA e non al MHA – cd. “*but for*” test⁶⁷⁷.

674 *Schedule 1A*, par. 12. Per ulteriori chiarimenti cfr. *GJ v Foundation Trust*, cit., par. 30 ss.

675 *Ivi*, par. 5 (6).

676 *Ivi*, par. 5 (5).

677 Il giudice Charles J ritiene che il “*but for*” test non scalfisca la “primazia” del MHA sul MCA: “the primacy of the MHA 1983 supports my 'but for' test albeit that I acknowledge that its application does not exclude the possibility of there being an overlap between the two statutory regimes because, as the authorities relating to whether treatment for physical disorder for illness can be considered as treatment for a mental disorder indicate, in some cases when the “*but for*” test is applied other decision makers might properly and lawfully reach different conclusions. But those authorities also confirm that value judgments inevitably arise in borderline cases and I have concluded that a 'but for' approach recognises the primacy of the

Nonostante le regole illustrate siano finalizzate alla tutela dei soggetti “in bilico” tra i due *statutes*, in dottrina è stato tuttavia messo in dubbio che la “primazia” del MHA possa effettivamente garantire valide tutele al “diritto alla libertà” di tali pazienti⁶⁷⁸, notando che “[a]fter all, being ineligible for DoLS does not automatically trigger an application under the 1983 Act”. Ancora, alcuni autori guardano con preoccupazione alla mancanza di chiarezza nelle situazioni di confine tra MCA e MHA, temendo che ciò possa risolversi in “arbitrary decisions being made to treat individuals with the same condition under different detention regimes, leading to potential discrimination”⁶⁷⁹.

2. La soluzione inglese a “*hard cases*” emblematici.

Avendo illustrato i principali meccanismi che regolano ricoveri e trattamenti coatti nel *Mental Health Act* e nel *Mental Capacity Act*, è ora opportuno dedicare uno spazio all'analisi di alcuni “casi reali”, che sono stati oggetto di pronunce nella giurisprudenza britannica. Si tratta di un passaggio importante per comprendere appieno la rilevanza del tema cui è dedicato il presente lavoro e “toccare con mano” quali siano i – talora drammatici – problemi, rientranti nel campo di applicazione

MHA 1983 but also provide a practical approach that should help to minimise gaps and the potential for persons who lack capacity suffering harm by falling between the two statutory regimes, particularly in cases of emergency” (*GJ v Foundation Trust*, cit., par. 93 ss.).

678 “Will the ‘primacy’ of the 1983 Act come to the rescue of these patients’ right to liberty? After all, being ineligible for DoLS does not automatically trigger an application under the 1983 Act”. Neil Allen, *The Bournemouth Gap (As Amended?)*, in *Med Law Rev* 2010, 18, pp. 78 ss.

679 Cairns R., Richardson G., Hotopf M., *Deprivation of liberty*, cit.

delle norme descritte, che nella realtà si presentano. Si è cercato di affrontare queste tematiche per come possono presentarsi in alcuni settori diversi tra loro. Nei diversi casi entrano spesso in gioco sia le norme legate al *Mental Health Act*, sia quelle relative al *Mental Capacity Act*, a seconda delle specifiche circostanze di volta in volta presenti.

2.1. Il rifiuto delle cure opposto dalla donna in gravidanza.

Un caso, molto discusso, in cui è stata riconosciuta legittimità ad un trattamento “fisico” utilizzando i poteri coercitivi di cui al MHA, è il già citato *Tameside and Glossop Acute Services Trust v CH*⁶⁸⁰. In questa sentenza i giudici hanno avallato l'operato dei medici, i quali avevano effettuato un taglio cesareo su una donna incinta ed in cura per schizofrenia che, pur informata circa i rischi che tale scelta comportava per lei e per il nascituro, rifiutava l'intervento – temendo che l'equipe medica costituisse una minaccia per suo figlio. Il caso fu portato davanti alla *Family Division*: il giudice ritenne che l'intervento chirurgico effettuato rientrasse tra quelli effettuabili *ex art. 63* del MHA, ossia tra i trattamenti coatti per la cura di patologie psichiatriche o loro “sintomi o manifestazioni”. Tale conclusione era fondata sulla presunta necessità dell'intervento chirurgico per la cura della schizofrenia: nella visione del giudice, il taglio cesareo avrebbe garantito la nascita di un bambino sano, ed era perciò parte integrante del complessivo

680 *Tameside and Glossop Acute Services Trust v CH* [1996] 1 FLR 762 (giudice Wall J.) (solo abstract). Questa sentenza è stata commentata anche da un autore italiano: cfr. Magliona B., *Il trattamento sanitario dell'incapace naturale. Alcuni spunti di rilievo medico-legale offerti da un'interessante pronuncia della High Court of Justice*, in *Riv. it. med. legale*, 1997, n. 6, pp. 1231 ss., par. III. V. anche *infra*, cap. IV, par. 6.1.

trattamento della patologia psichiatrica, dal momento che questa sarebbe stata aggravata da un esito negativo del parto. Inoltre, l'intervento avrebbe permesso di riprendere al più presto la somministrazione di farmaci antipsicotici, interrotta durante la gravidanza per evitare effetti teratogeni.

A questa pronuncia, oggetto di forti critiche⁶⁸¹, è seguita una decisione di segno opposto in relazione ad un caso analogo: la sentenza *St. George's Healthcare NHS Trust v S*⁶⁸².

In quest'ultimo caso i medici erano convinti che in assenza di intervento cesareo su una donna incinta ci sarebbero stati gravissimi rischi – anche di morte – per nascituro e madre⁶⁸³, ma quest'ultima, pur consapevole del pericolo⁶⁸⁴,

681 V. ad es., da una prospettiva di genere, Widdett C. e Thomson M., *Justifying Treatment and Other Stories*, in *Feminist Legal Studies*, 1997, vol V, n. 1, pp. 77 ss.; ma v. anche ulteriori riferimenti in Jackson E., *Medical law*, cit., p. 325.

682 *St. George's Healthcare NHS Trust v S* [1998] 3 WLR 936 (giudici Butler-Sloss, Judge, Robert Walker).

683 La donna, di professione infermiera veterinaria, soffriva di pre-eclampsia, e le era stata indicata la necessità di indurre il parto pretermine per evitare il rischio di gravi danni a lei ed al nascituro.

684 Questa la dichiarazione resa per iscritto al momento dei fatti dalla donna: “At the request of Dr. Jeffreys, senior registrar, I am writing in an effort to clarify my views, and reasons for upholding them so strongly, with regard to medical or surgical intervention in the case of illness (specifically at this time; pre-eclampsia). (i) I am a qualified veterinary nurse, and am therefore quite able to comprehend the medical terminology used, and feel happy to ask for clarification if an unfamiliar term is used. (ii) I fully understand that pre-eclampsia is a potentially life threatening condition, i.e. that the raised blood pressure may lead to haemorrhage, shock and, if untreated, death; or alternatively death due to total organ failure resulting from inability to compensate. (iii) I have always held very strong views with regard to medical and surgical treatments for myself, and particularly wish to allow nature to ‘take its course,’ without intervention. I fully understand that, in certain circumstances this may endanger my life. I

aveva decisamente rifiutato l'intervento: “[h]er position was that nature should take its course”. Un primo giudice aveva autorizzato l'intervento, che era stato dunque effettuato contro la volontà della paziente. La Corte d'appello ha tuttavia censurato la decisione, dichiarando illegittima l'operazione effettuata. “[A]n unborn child is not a separate person from its mother. Its need for medical assistance does not prevail over her rights. She is entitled not to be forced to submit to an invasion of her body against her will, whether her own life or that of her unborn child depends on it. Her right is not reduced or diminished merely because her decision to exercise it may appear morally repugnant”. La posizione della Corte è espressa in modo molto netto e chiaro; rimane tuttavia il dubbio che una decisione di questo genere – attenta ai principi, indipendentemente dalle conseguenze anche tragiche potenzialmente derivanti dalla loro rigida applicazione – sia stata resa possibile dal fatto che la pronuncia di appello è intervenuta in un momento successivo rispetto ai fatti oggetto di giudizio (una volta, cioè, che il cesareo forzato era stato effettuato, ed era dunque cessato ogni rischio per il nato).

2.2. Anoressia nervosa e altre forme di rifiuto del cibo: “force feeding”.

Il caso dell'anoressia si presenta, purtroppo, con frequenza tra quelli portati all'attenzione dei tribunali inglesi. Tratto comune dei diversi casi è quello della sussistenza di una riconosciuta patologia psichiatrica (l'anoressia nervosa) e di un comportamento di rifiuto del cibo che, nei casi più gravi,

see death as a natural and inevitable end point to certain conditions, and that natural events should not be interfered with. It is not a belief attached to the fact of my being pregnant, but would apply equally to any condition arising”.

giunge al punto da mettere a rischio la vita stessa del (più spesso della) paziente. L'intervento giurisdizionale è generalmente richiesto per accertare la legittimità di procedere ad una nutrizione forzata – attuata attraverso sondino nasogastrico – della stessa. I nodi fondamentali della questione, da un punto di vista strettamente giuridico, sono due: in primo luogo bisogna accertare se è possibile procedere ad un trattamento forzato secondo le regole previste dal *Mental Health Act* per la cura coatta delle patologie psichiatriche⁶⁸⁵. In secondo luogo, entra in gioco la valutazione della capacità della paziente – e, in questo senso, entra in gioco la disciplina del *Mental Capacity Act*.

Diverse sono, come accennato, le sentenze che si occupano di questo argomento⁶⁸⁶.

In alcune di esse il tema è affrontato con riferimento alla normativa del MHA: in questo caso, particolarmente rilevante, per la decisione, è la natura del rifiuto del cibo opposto dalla paziente, e la conseguente compromissione della sua salute: essi possono essere considerati “sintomi o manifestazioni del disturbo mentale”, e dunque curati coattivamente⁶⁸⁷). Così, ad esempio, la sentenza *South West Hertfordshire HA v KB*⁶⁸⁸,

685 Di quelle patologie, ovviamente, che presentino le caratteristiche richieste dalla legge perchè sia ammesso il loro trattamento contro la volontà del paziente.

686 Si segnalano in particolare *Re E (Medical Treatment: Anorexia)* (Rev 1) [2012] EWHC 1639 (COP) (giudice Peter Jackson J.); *Riverside Mental Health NHS Trust v Fox* [1994] 1 FLR 614 (giudici Sir Stephen Brown, Leggatt, L.J. e Paul Kennedy, L.J. Pur riguardando una questione procedurale, dal caso emerge come fosse stata, nei confronti della ricorrente, anoressica, autorizzata la nutrizione forzata da parte di una Corte); *South West Hertfordshire HA v KB* [1994] 2 F.C.R. 1051 (giudice Ewbank, J.).

687 Cfr. *supra*, par. 3.3.

688 *South West Hertfordshire HA v KB* [1994] 2 F.C.R. 1051, solo *abstract*.

risalente al 1994⁶⁸⁹, che riconosce senza dubbio che “[a]norexia nervosa (...) is an eating disorder and relieving symptoms is just as much a part of treatment as relieving the underlying cause”, concludendo che la nutrizione forzata della paziente costituisce trattamento “envisaged under s 63 [MHA] and does not require the consent of the patient”. Il fatto, tuttavia, che attraverso la nutrizione forzata – purtroppo – non si curi l'anoressia dovrebbe, a parere di alcuni autori, essere tenuto in maggior considerazione in pronunce di questo tipo. Così JACKSON: “it is, however, clear that force-feeding does not cure anorexia”; LEWIS sottolinea i dannosi effetti che un trattamento di nutrizione forzata possono avere sulla psiche – e dunque, sulla prosecuzione del comportamento autodistruttivo – dei pazienti ad esso soggetti. Partendo dal presupposto che “[t]he anorexic's holy grail is control”, l'A. considera che la nutrizione forzata “crushes the patient's will, destroying who the patient is. This is the antithesis of what a successful, therapeutic treatment must be”. Il paziente può essere nutrito fino al raggiungimento di un peso più salutare, ma una volta dimesso sarà “free to return to her previous eating pattern and to lose the weight she has been forced to gain”. Soprattutto, “as her trust has been violated, she may be less likely to seek medical help for her anorexia”: si rischia di raggiungere, insomma, un “short term gain”, mentre a lungo termine gli effetti possono essere negativi (in modo anche grave: “gli anoressici che hanno vissuto un'esperienza di

689 All'epoca non era ancora in vigore il MCA, ed il MHA non includeva espressamente le “manifestazioni ed i sintomi” delle patologie psichiatriche tra le patologie curabili coattivamente; tuttavia, come già segnalato, questo principio era stato chiaramente espresso in giurisprudenza. MHA, s 145 (4), come modificato nel 2007: “Any reference in this Act to medical treatment, in relation to mental disorder, shall be construed as a reference to medical treatment the purpose of which is to alleviate, or prevent a worsening of, the disorder or one or more of its symptoms or manifestations”.

nutrizione forzata possono essere indotti ad adottare comportamenti ancor più rischiosi per la propria vita (...). Vi è una maggiore probabilità che commettano suicidio”, o che il loro rifiuto diventi cronico⁶⁹⁰. Sul punto concorda anche KEYWOOD, che sottolinea l’“higher mortality rate at follow up” dei pazienti trattati coattivamente⁶⁹¹.

Un'altra sentenza in argomento, recente e particolarmente significativa, affronta il problema dal punto di vista del *Mental Capacity Act*, concentrandosi dunque sulla capacità della paziente ad esprimere il rifiuto della nutrizione forzata. Si tratta della sentenza *Re E (Medical Treatment: Anorexia)* (2012)⁶⁹². Il caso riguarda una donna di 37 anni, da lungo tempo sofferente per anoressia nervosa, che era stata più volte, nel corso della sua vita, ricoverata – anche coattivamente – per i suoi disturbi e che era giunta ad esprimere lucidamente il rifiuto di ulteriori trattamenti di nutrizione artificiale, anche attraverso una formale dichiarazione anticipata di trattamento. Dalla sentenza emerge chiaramente il disagio provato dallo stesso giudice che si è trovato a dover prendere una decisione sul caso. Queste le sue parole: “E's case has raised for the first time in my experience the real possibility of life-sustaining treatment not being in the best interests of a person who, while lacking capacity, is fully aware of her situation. She is in many ways the opposite of a PVS patient or a person with an inevitably fatal condition. She is described as an intelligent and charming person. Albeit gravely unwell, she is not incurable. She does not seek death, but above all she does not want to eat or to be

690 Lewis P., *Feeding Anorexic Patients Who Refuse Food*, in *Medical Law Review*, 1999, 7, pp. 21 ss.

691 Keywood K., *Rethinking the anorexic body: how english law and psychiatry 'think'*, in *International Journal of law and psychiatry*, 2003, 26, pp. 599 ss., spec. p. 611.

692 *A Local Authority v E* [2012] EWHC 1639 (COP), giudice Jackson.

fed. She sees her life as pointless and wants to be allowed to make her own choices, realising that refusal to eat must lead to her death. Her situation requires a balance to be struck between the weight objectively to be given to life on one hand and to personal independence on the other”⁶⁹³. L'estrema drammaticità della situazione può intuirsi anche dalla sofferta dichiarazione dei genitori della paziente, che pur esprimendo grande dolore, giungono ad appoggiare la figlia nel suo rifiuto della nutrizione forzata, pur sapendo che ciò l'avrebbe con ogni probabilità portata alla morte: “After so many years of treatment E still finds it impossible to eat. This is her day-to-day reality. However distorted others might view it to be, it is still her reality. (...) We have always gone along with any treatment proposed by either the mental or physical health teams in the hope that she might show signs of “recovery” from her addictions. After 18 years, we have given up on that hope. It upsets us greatly to advocate for our daughter's right to die. We love her dearly but feel that our role should now be to fight for her best interests, which, at this time, we strongly feel should be the right to choose her own pathway, free from restraint and fear of enforced re-feed. We feel that she has suffered enough. She stands no hope of achieving the things that she would value in her life and shows no signs of revising these aspirations. We would plead for E to have some control over what would be the last phase of her life, something she has been denied for many years. For us it is the quality of her life and not the quantity. We want her to be able to die with dignity in safe, warm surroundings with those that love her”⁶⁹⁴.

La decisione del giudice di autorizzare la nutrizione forzata è basata, fundamentalmente, sul riconoscimento dell'incapacità della paziente. Oltre a questo, tuttavia, il giudice

693 Sentenza *A Local Authority v E*, par. 5.

694 *Ivi*, par. 80.

deve affrontare la valutazione circa il *best interest* della stessa; valutazione che non è scontata come potrebbe apparire. Nel caso di specie, infatti, la prospettiva di sottoporre la paziente a nutrizione forzata non era priva di rischi, sia a breve che a lungo termine: anzi, le prospettive di successo erano basse⁶⁹⁵, ed il giudice era consapevole del fatto che “il trattamento [avrebbe] privato [la paziente] di un'imminente e relativamente pacifica morte”. Per il raggiungimento della decisione finale, determinante è stato il ruolo attribuita al “valore della vita”, prevalente sugli altri interessi in gioco: nonostante i “competing factors” fossero, a parere del giudice, “almost exactly in equilibrium”, “the balance tips slowly but unmistakably in the direction of life-preserving treatment. In the end, the presumption in favour of the preservation of life is not displaced”⁶⁹⁶. La conclusione è, dunque, che “it is lawful and in her best interests for her to be fed, forcibly if necessary”⁶⁹⁷.

Un altro caso problematico cui è utile accennare in questa sede è *R v Collins and Ashworth Hospital Authority ex p Brady*⁶⁹⁸. In questo caso è stata legittimata *ex post* la nutrizione forzata di un detenuto⁶⁹⁹ che stava portando avanti uno sciopero

695 *Ivi*, par. 135.

696 *Ivi*, par. 140.

697 Il giudice tiene in considerazione gli articoli della CEDU posti a tutela della “vita privata e familiare” e per la salvaguardia da “trattamenti inumani o degradanti” (artt. 8 e 3 Cedu), osservando che l'interferenza in questi diritti è “proporzionata e necessaria alla protezione del diritto alla vita [della paziente]” (*Ivi*, par. 141).

698 *R v Collins and Ashworth Hospital Authority ex p. Brady* [2000] Lloyd's Rep Med 355.

699 Condannato all'ergastolo per gravissimi reati, il ricorrente stava – e sta tuttora – scontando la pena in un ospedale psichiatrico di massima sicurezza, l'Ashworth Hospital (http://www.mersecare.nhs.uk/What_we_do/CBUs/High_Secure/High_Secure_Services.aspx). Si tratta di un caso di cronaca molto noto in Gran Bretagna, anche recentemente portato all'attenzione delle

della fame. Lo sciopero della fame stesso, infatti, fu ritenuto una “manifestazione, o un sintomo, del suo disturbo della personalità”. Se nel caso di pazienti anoressici interpretare il rifiuto del cibo come “manifestazione della patologia” sembra plausibile⁷⁰⁰, in casi di questo tipo la medesima conclusione pare molto discutibile.

2.3 Sterilizzazione di soggetti incapaci.

Nel caso di soggetti incapaci viene spesso in rilievo il problema della sterilizzazione, richiesta da chi si prende cura di loro (generalmente, i genitori) per rendere loro possibile una vita relazionale e sessuale “libera” evitando che da ciò derivi l'assunzione di un ruolo di genitori che questi non sarebbero in grado di gestire. Generalmente al giudice viene richiesto di valutare se tale provvedimento possa dirsi effettivamente rientrante nel *best interest* del soggetto, o non risponda invece ad una mera esigenza di più facile “gestione” dello stesso da parte dei suoi “*carers*”. Molto più frequentemente, per ragioni facilmente intuibili, la questione portata in giudizio riguarda un soggetto femminile e, generalmente, il trattamento viene ritenuto conforme al *best interest* ed autorizzato⁷⁰¹. Tuttavia

autorità giudiziarie: cfr. *The Guardian*, 28 giugno 2013, “*Ian Brady should stay in psychiatric hospital, tribunal rules*”.

700 Seppur sia certo che la nutrizione forzata non curi la patologia in sé; molti specialisti ritengono anzi controproducente tale pratica, per gli effetti negativi che sul lungo termine può avere in termini, tra l'altro, di alleanza terapeutica. Cfr. *ex multis* Jackson E., *Medical law*, cit., p. 322 e le ulteriori fonti *ivi* riportate.

701 Quanto alle differenze di genere in questo tipo di decisioni v. *Re A (Medical Treatment: Male Sterilization)* [2000] 1 FLR 549: “An application on behalf of a man for sterilisation is not the equivalent of an application in respect of a woman. It is not a matter of equality of the sexes but a balancing exercise on a case by case basis. There are

non mancano casi in cui, invece, oggetto della possibile sterilizzazione è un individuo di sesso maschile. Nel caso *Re A*⁷⁰², ad esempio, i giudici si soffermano con particolare attenzione sul concetto di *best interest*, e non autorizza la sterilizzazione dell'uomo, ventottenne affetto da sindrome di down, ritenendola non corrispondente al suo interesse. Al momento del giudizio questi è accudito dalla madre, che richiede l'intervento poiché “[s]he very much disapproves of a man walking away from responsibility when responsible for the birth of a child” e che lo sottopone ad un regime di “close supervision”⁷⁰³; i giudici, data la situazione particolarmente “controllata”, non ritengono la sterilizzazione necessaria per evitare il rischio che questi porti avanti relazioni “pericolose” (quanto alla possibilità di generare), e ritengono oltretutto che nel caso in cui dal comportamento di A risultasse una

obvious biological differences and sexual intercourse for a woman carries the risk of pregnancy which patently it does not for a man. Indeed there is no direct consequence for a man of sexual intercourse other than the possibility of sexually transmitted diseases. There may be psychological consequences for him in pregnancy or in the birth of his child. He may be required to take responsibility for the child after birth and may, in certain circumstances attract disapproval and criticism. In the case of a man who is mentally incapacitated, neither the fact of the birth of a child nor disapproval of his conduct is likely to impinge on him to a significant degree other than in exceptional circumstances. His freedom of movement might in certain instances be restricted and consequently his quality of life might be diminished. It is possible that there may be other disadvantages to the person concerned which might lead a court to decide to approve the operation. It may be necessary to evaluate the nature and degree of risk attached to approval of or refusal to approve the operation to sterilise. But the task in each case is to balance all the relevant factors and to decide what are the best interests of the person unable to make his own decision”.

702 *Re A (Medical Treatment: Male Sterilization)*, cit.

703 *Ibidem*.

gravidanza, non vi sarebbero particolari conseguenze negative sulla vita di A stesso⁷⁰⁴.

In sentenza i giudici specificano tuttavia che, nel caso in cui A dovesse in futuro essere affidato alle cure di un'istituzione, la sterilizzazione potrebbe invece essere ritenuta nel suo *best interest*⁷⁰⁵: ciò se il timore di eventuali *sexual relationship* tra A e altre degenti portasse le autorità sanitarie a limitarne la libertà, con una complessiva diminuzione della sua qualità della vita. Interessante notare come in questa pronuncia non venga messa in alcun modo in discussione la legittimità della limitazione di libertà cui il soggetto è attualmente sottoposto da parte della madre o a quella, potenziale, cui potrebbe essere sottoposto in futuro da altri *carers*: essa viene vista come un “dato di fatto”, sulla base del quale valutare l'interesse del paziente.

704 Queste le riflessioni del giudice di primo grado, riportate nella presente pronuncia: “while in the care of his mother, A was unlikely to enter into any casual sexual relationship with a woman. The risk was very low indeed. If a pregnancy did occur, A would not understand its implications and would not be affected by it unless he became the object of criticism. The judge considered that to be unlikely and if it happened the effect would be minimal. He considered the possibility of the birth of a child of whom A was the father and that he might know and become bonded with the baby who was thereafter removed. He was satisfied that the risk of this eventuality was speculative”.

705 Anche se i giudici accennano al fatto che anche in tal caso l'intervento potrebbe non essere necessario perchè la “protezione” dovrebbe più correttamente cadere sulla donna: “It would however, in my view, be likely that the woman concerned would be the object of protection rather than A” (giudice Schiemann).

2.4. Il rifiuto "irrazionale" di trattamenti salvavita.

Possono essere portati ad esempio diversi casi di rifiuto "irrazionale" di trattamenti salvavita. In argomento, si richiamano le riflessioni già proposte circa la sottile linea di confine tra una volontà "strana ed irrazionale" – che deve nondimeno essere rispettata – e l'incapacità di ponderare ed utilizzare le informazioni al fine di prendere una decisione – che comporta invece una dichiarazione di incapacità⁷⁰⁶. Un caso particolarmente "calzante" è quello oggetto della pronuncia *X NHS Trust v T*, in cui donna, T, aveva estrema necessità, per sopravvivere, di ricevere trasfusioni di sangue, a causa di ripetuti episodi di autolesionismo. Tra le motivazioni addotte dalla donna per il rifiuto di tale terapia vi era la convinzione che il suo sangue fosse "malvagio"⁷⁰⁷. Queste le sue parole: "I believe my blood is evil, carrying evil around my body. Although the blood given in transfusions is perfectly healthy/clean once given to me it mixes with my own and also becomes evil. Contaminated by my own. Therefore the volume of evil blood in my body will have increased and likewise the danger of my committing acts of evil" (non va, per completezza, omissis che la donna portava anche una motivazione più "ragionevole" per il suo rifiuto: "I am caught in a vicious circle/set of circumstances too difficult for me to continue enduring. I am not aware of when I am cutting myself, and therefore cannot prevent my HB dropping very low periodically. Having a transfusion does not resolve this problem in the long term, only causes stress to myself"⁷⁰⁸).

706 V. Jackson E., *Medical law*, cit., p. 230, e *supra*, sez. I, par. 2.3.

707 *X NHS Trust v T (Adult Patient: Refusal of Medical Treatment)*, cit. (v. anche *supra*, nota 81).

708 Non va dimenticato, per completezza, che la donna portava anche una motivazione più "ragionevole" per il suo rifiuto: "I am caught in a vicious circle/set of circumstances too difficult for me to continue

Il giudice osserva che “[t]he view of the patient may reflect a difference in values rather than an absence of competence and the assessment of capacity should be approached with this firmly in mind”; pertanto i medici “must not allow their emotional reaction to or strong disagreement with the decision of the patient to cloud their judgment in answering the primary question whether the patient has the mental capacity to make the decision”. Nel caso di specie, tuttavia, l'affermazione della paziente circa il suo sangue “being evil” costituisce una vera e propria “misconception of reality”, viene considerata dal giudice come chiaro segno di disturbo mentale e/o sintomo di incapacità, legittimando dunque l'effettuazione di trasfusioni coatte sulla paziente.

Possono del resto citarsi numerosi esempio di decisioni “irrazionali” di rifiuto di terapie portate all'attenzione dei giudici: a titolo di esempio di cita *Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)*⁷⁰⁹ (caso di un soggetto “paranoide e schizoide” che rifiuta l'amputazione di un arto in cancrena, con grave rischio per la propria vita: il giudice ritiene che la capacità “generale” del soggetto non sia così compromessa da renderlo incapace di comprendere natura, scopo ed effetti del trattamento proposto, “and so his right of self-determination had not been displaced” e *Re JT (Adult: Refusal of Medical Treatment)*⁷¹⁰ (in cui una ragazza, affetta da “mental illness, involving learning difficulties and severe behavioural disturbance”, rifiutava l'effettuazione della dialisi di cui aveva bisogno per sopravvivere. Il giudice ha ritenuto la paziente

enduring. I am not aware of when I am cutting myself, and therefore cannot prevent my HB dropping very low periodically. Having a transfusion does not resolve this problem in the long term, only causes stress to myself”.

709 *Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [1994] 1 W.L.R. 290 (giudice Thorpe).

710 *Re JT (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [1998] 1 F.L.R. 48.

capace di decidere in merito al trattamento, nonostante le conseguenze del rifiuto, ed hanno altresì negato che la dialisi potesse considerarsi trattamento volto alla cura della patologia psichiatrica, escludendo così la possibilità di superare il rifiuto attraverso un trattamento coatto nel quadro del MHA)⁷¹¹. Più indietro nel tempo, si segnala l'interessante pronuncia *Lane v Candura*⁷¹², in cui il giudice nega la legittimità della nomina di un *guardian* ad una donna che rifiuta l'amputazione di un arto in cancrena: “the irrationality of her decision, does not justify a conclusion that Mrs. Candura is incompetent in the legal sense⁷¹³. The law protects her right to make her own decision to accept or reject treatment, whether that decision is wise or unwise. (...) Mrs. Candura's decision may be regarded by most as unfortunate, but on the record in this case it is not the uninformed decision of a person incapable of appreciating the nature and consequences of her act. We cannot anticipate whether she will reconsider and will consent to the operation, but we are all of the opinion that the operation may not be forced on her against her will”. Il caso *Re Maida Yetter*⁷¹⁴, infine, ha ad oggetto una situazione molto simile a quella appena esposta: anche in questo caso la Corte nega la nomina di un tutore che consenta ad un'operazione al posto della paziente, la cui decisione viene considerata “irrational but competent”.

711 Si v. anche *HE v A Hospital NHS Trust* [2003] EWHC 1017 (Fam) 127 (caso di una “ex” Testimone di Geova, che si trovava in stato di incapacità al momento dei fatti; in questo caso tuttavia l'attenzione è posta sulla validità della dichiarazione anticipata di trattamento espressa anni prima dalla paziente, alla luce di cambiamenti occorsi negli anni nella sua vita).

712 *Grace R. Lane vs. Rosaria Candura* [1978], 6 Mass. App. Ct. 377, cit.

713 La donna è riconosciuta capace di rifiutare il trattamento, anche se anziana e soggetta a “fluctuations in mental lucidity”.

714 *Re Maida Yetter* [1973] 62 Pa. D. & C. 2d 619.

CAPITOLO II

I PRINCIPI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. - 1.1. L'articolo 5: diritto alla libertà e alla sicurezza. - 1.1.1. La sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi*. - 1.1.2. La sentenza *Ashingdane c. Regno Unito*. - 1.1.3. La sentenza *van der Leer c. Paesi Bassi*. - 1.1.4. La sentenza *Aertz c. Belgio*. - 1.1.5. La sentenza *Mihailovs c. Lettonia*. - 1.2. L'art. 3 CEDU: divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti. - 1.3. L'articolo 8: diritto al rispetto della vita privata e familiare. - 1.3.1. La sentenza *Pretty c. Regno Unito*. - 2. Il Trattato CE. - 2.1. La tutela della salute. - 2.2. La libertà di circolazione. - 3. Il Trattato UE. - 4. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE. - 5. La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina. - 6. Atti comunitari relativi alla salute mentale. - 6.1. Il "Libro verde" sulla salute mentale nell'UE. - 6.2. Le risoluzioni del Parlamento Europeo. - 6.2.1. La Risoluzione n. 2058 del 2006. - 6.2.2. La Risoluzione n. 2209 del 2009. - 7. Atti del Consiglio d'Europa. - 7.1. Il 'Libro bianco'. - 7.2. La Raccomandazione 10 (2004) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

1. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

1.1. L'articolo 5: diritto alla libertà e alla sicurezza.

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali enuncia una serie di diritti e libertà

che gli Stati contraenti si impegnano a riconoscere “ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione” (art. 1 CEDU); tra essi ve ne sono alcuni che hanno sicura rilevanza nello studio che ci siamo proposti.

In particolare sono da segnalare l'art. 5 e l'art. 8. L'art. 5 stabilisce al par. 1 che “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge”⁷¹⁵.

La libertà è qui intesa “nella sua accezione, antica e classica, di libertà fisica, mentre alla libertà di circolazione è dedicato l'art. 2 del protocollo n. 4”⁷¹⁶, ed alla libertà viene abbinato il diritto alla sicurezza, come “garanzia rispetto alle 'arbitrarie interferenze della pubblica autorità nella libertà di un individuo”⁷¹⁷.

A questo 'diritto-base' segue la specificazione dei possibili motivi di restrizione della libertà personale (a differenza del 'vuoto di fini' dell'art. 13 Cost.)⁷¹⁸, e la necessità della riserva di

715 Della giurisprudenza CEDU in argomento si è trattato anche *supra*, cap. I, sez. III, par. 2.

716 Così Corte EDU, sentenza 28 maggio 1985, n. 93, *Ashingdane c. Regno Unito*, per. 41. Cfr. Pisani M., *Art. 5*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Milano, 2001, p.117.

717 Pisani, *ibidem.*. L'A. cita Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1984, p. 315.

718 Sul concetto di “vuoto dei fini” v. *infra*, cap. III. Deroghe eccezionali potrebbero però essere giustificate da motivi di 'pericolo pubblico', come previsto dall'art. 15 CEDU: “Deroga in caso di stato d'urgenza - In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale (...)”.

legge. I motivi elencati nell'articolo sono sei, per lo più riguardanti il procedimento penale, ma anche estranei ad esso: ad esempio l'arresto o la detenzione di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio (lett. f), o, ciò che a noi interessa, “la detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo” (lett. e).

La previsione della lettera e) fa capire anzitutto che detenzioni di questo tipo sono senza dubbio ammesse dalla CEDU; in secondo luogo si può trarre qualche spunto di riflessione dall'insieme di casi che sono riuniti e disciplinati uniformemente nella stessa lettera. E' lecito pensare che la disposizione delle fattispecie nelle diverse lettere dell'articolo abbia una sua logica, e che quindi la previsione di quelli alla lettera e) sia dettata da una visione omogenea degli stessi. L'assimilazione di 'infermi di mente' e 'vagabondi'⁷¹⁹ non pare accostamento 'neutrale'⁷²⁰; accomuna figure che, pur non

719 Sull'idea del 'vagabondo' come figura da controllare così si esprime il sociologo Zygmunt Bauman: “Il vagabondo era il flagello della prima modernità, il germe che portava governanti e filosofi alla frenesia di ordinare e normare. Il vagabondo era senza padroni, e l'essere senza padroni (fuori controllo, disordinato, libero) era una situazione che la modernità non riusciva a tollerare e contro la quale lottò fino alla fine. (...) Ciò che faceva del vagabondo una figura terrificante era la sua apparente libertà di muoversi e quindi di sfuggire alla rete di controllo locale. Peggio ancora, i movimenti del vagabondo non sono prevedibili; (...) il vagabondo non ha alcuna destinazione”. Così Z. Bauman, *Broken lives, broken strategies*, trad. it. in *Rass. it. di sociologia*, XXXVI, 1, 1995, pp. 3-26, ora in Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, pp. 27-54, spec. 42 s.

720 La versione originale inglese del testo della Convenzione utilizza l'espressione “person of unsound mind”, tradotto nella versione italiana in “alienato”. Sull'inserimento della categoria degli “alienati”

rientrando tra i soggetti penalmente perseguibili, sono comunque socialmente disturbanti, 'devianti'; si giustifica per ciò la loro detenzione, una detenzione che li separi dalla società 'normale' e conforme, ed evoca idee che al giorno d'oggi sembravano superate⁷²¹.

In ogni caso, su questa lettera e) dell'art. 5 la Corte EDU si è più volte pronunciata: vediamo i casi più significativi.

1.1.1. La sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi*.

Anzitutto, nella sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi* del 1979⁷²², la Corte ha sottolineato che “la Convenzione non precisa cosa bisogna intendere per 'alienato'”, e che “tale termine non si presta ad una interpretazione definitiva: (...) il suo significato non cessa di evolversi in concomitanza con i

tra i casi di possibile “detenzione regolare”, si v. le riflessioni esposte nel parere presentato alla Corte EDU nel corso del procedimento sul caso *Mihailovs* (sul quale v. *infra*, par. 1.1.5), dallo *European Disability Forum*, lo *European Network Of (Ex-)Users And Survivors Of Psychiatry International Disability Alliance* ed il *World Network Of Users And Survivors Of Psychiatry*, reperibile in www.internationaldisabilityalliance.org.

721 Franco Basaglia e Franca Basaglia Ongaro nel 1975 parlavano dei “gruppi [sociali] che non 'consentono' né attivamente, né passivamente”, come quelli ove “il tecnico [riferendosi con quest'espressione ai tecnici professionali, o intellettuali] ha a che fare con problemi di ordine pubblico e la necessità sociale di *disciplinare i gruppi che non consentono* è più pressante, anche se mascherata dalle teorie scientifiche che giustificano i provvedimenti pratici con cui vi si risponde”. F. Basaglia e F. Basaglia Ongaro, *Crimini di pace*, in *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come custodi di istituzioni violente*, a cura di F. Basaglia e F. Basaglia Ongaro, Torino, 1975, p. 5.

722 Corte EDU, sentenza 24 ottobre 1979 n. 33, *Winterwerp c. Paesi Bassi*.

progressi della ricerca psichiatrica, la crescente flessibilità [*souplesse*] del trattamento ed il cambiamento di attitudine della collettività nei confronti delle infermità mentali, in particolare nella misura in cui si diffonde una maggiore comprensione dei problemi dei pazienti”⁷²³.

Altra importante precisazione fatta dalla Corte è che “non si può evidentemente ritenere che l'alinca e) dell'art. 5 autorizzi a detenere qualcuno per il solo fatto che le sue idee o la sua condotta si scostino dalle regole che predominano in una determinata società”. Questo perché una tale interpretazione non si concilierebbe con la formulazione dell'art. 5, par. 1, “che contiene un elenco esaustivo di eccezioni che richiedono un'interpretazione restrittiva”; nemmeno collimerebbe con l'oggetto e con lo scopo di tale disposizione nel suo complesso, che la Corte individua nel “garantire che nessuno sia privato arbitrariamente della libertà”. Disconoscerebbe, infine, “la rilevanza del diritto alla libertà in una società democratica”⁷²⁴.

La Corte nella stessa sentenza ricava altri importanti corollari dalla disposizione dell'alinca e). In primo luogo cerca di definire quali siano i presupposti minimi per privare l'interessato della libertà: secondo la Corte “si deve, salvo casi di urgenza, aver accertato la sua 'alienazione' in maniera convincente. La natura stessa di ciò che occorre dimostrare davanti all'autorità nazionale competente un'alterazione mentale reale richiede una perizia medica obiettiva. Inoltre, l'alterazione deve presentare una natura o un'ampiezza che legittimi l'internamento. Per di più, quest'ultimo non può protrarsi validamente senza la persistenza di simile alterazione”⁷²⁵. Sicuramente queste definizioni lasciano ampi margini di discrezionalità⁷²⁶, perché non scendono nel concreto dei casi ma

723 Par. 37 della sentenza.

724 *Ibidem*.

725 *Ibidem*, par. 39.

726 Anche perché, come sottolinea la Corte stessa, “occorre

si mantengono sull'astratto (utilizzando espressioni come 'accertare in maniera *convincente*', 'perizia *obiettiva*', 'natura o ampiezza *tale da legittimare l'internamento*'). Però sicuramente il tentativo della Corte è quello di indirizzare verso una lettura che limiti il più possibile l'arbitrarietà degli internamenti (cosa del resto di per sé difficile, stante la natura della 'malattia' di cui si tratta).

Questa sentenza affronta, successivamente, una questione di notevole rilevanza, che finora non abbiamo analizzato specificamente. Il ricorrente, sig. Winterwerp, sosteneva che l'art. 5, par. 1 e) implicasse, per un individuo internato come 'alienato', “il diritto ad un trattamento adeguato che gli assicuri di non rimanere detenuto oltre lo stretto necessario”; contestava al contempo il fatto che, nel suo caso, gli incontri con lo psichiatra sarebbero stati molto rari e brevi ed i farmaci somministrati sarebbero consistiti, oltremisura, in tranquillanti”⁷²⁷. A questo riguardo la Corte risponde, devo dire piuttosto laconicamente, di ritenere “che il diritto di un paziente ad un trattamento adeguato alle sue condizioni di salute *non* può dedursi, in quanto tale, dall'art. 5, par. 1 e)”⁷²⁸ e conclude quindi per l'assenza di violazione di esso.

Ulteriormente, viene affrontato il problema della possibilità per l'internato di ricorrere contro la decisione di internamento, come previsto dall'art. 5, par. 4 CEDU⁷²⁹.

riconoscere alle autorità nazionali un certo potere discrezionale quando si pronunciano sull'internamento di un individuo 'alienato', perché spetta loro, in primo luogo, valutare le prove prodotte davanti ad esse in un determinato caso; la funzione della Corte consiste nel controllare le loro decisioni sotto il profilo della Convenzione” (par. 40).

727 *Ibidem*, par. 51.

728 *Ibidem* (corsivo mio).

729 Art. 5 par. 4 CEDU: “Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un

Secondo il Governo dei Paesi Bassi (contro il quale era stato proposto il ricorso) l'art. 5, par. 4 *non* obbliga un tribunale a sentire personalmente l'internato, perché il suo stato mentale, accertato sulla base di un parere medico obiettivo, lo renderebbe incapace, di per sé, di ogni dichiarazione utile per la giustizia. La Corte, pur ritenendo che i procedimenti giudiziari che ricadono nell'art. 5, par. 4 “non devono sempre essere assortiti da garanzie identiche a quelle che l'art. 6, par. 1⁷³⁰ prescrive per le controversie civili o penali” afferma che “occorre che l'interessato abbia accesso ad un tribunale e l'opportunità di essere ascoltato personalmente o, se necessario, mediante una certa forma di rappresentanza; in caso contrario non fruirebbe delle 'garanzie fondamentali di procedura applicate in materia di privazione di libertà' (...). Le infermità mentali possono condurre a limitare o modificare tale diritto nelle sue condizioni di esercizio (v., per l'art. 6, par. 1, la sentenza *Golder*, del 21 febbraio 1975, serie A n. 18, par. 39), ma non possono giustificare un pregiudizio alla sua stessa sostanza. In verità, possono essere imposte garanzie speciali di procedura per proteggere coloro che, a causa delle loro alterazioni mentali, non sono pienamente capaci di agire in loro nome”⁷³¹.

Anche rispetto alla possibilità per l'internato di fare domanda di remissione in libertà, la posizione della Corte è analoga: osserva che “benché l'art. 29 della legge [dei Paesi Bassi] consenta all'interessato di reclamare un controllo della sua detenzione, la domanda di remissione in libertà non si conclude *necessariamente* con il giudizio di un tribunale. È indirizzata alla direzione dell'ospedale psichiatrico che, in caso

tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima”.

730 Su cui *infra*.

731 Par. 60.

di parere medico negativo, la comunica al procuratore. Quest'ultimo ne investe allora, in linea di principio, il Tribunale circondariale, ma *non è tenuto a farlo* in talune ipotesi; in particolare, se gli sembra palesemente impossibile riservarvi un esito favorevole. Orbene, la sua decisione non può in alcun modo essere considerata emanare da un tribunale ai sensi dell'art. 5, par. 4 della Convenzione. (...) Rifiutando di deferire al Tribunale circondariale una domanda, perché gli sembra manifestamente infondata, il procuratore non si limita a restringere il diritto ad un procedimento giudiziario, quale sancito dall'art. 5, par. 4: in realtà *lo sopprime*. Per quanto lo concerne, il Tribunale circondariale, quando viene chiamato a decidere, valuta discrezionalmente l'opportunità di sentire il detenuto. Siffatto potere *non assicura le garanzie fondamentali di procedura che devono essere osservate in materia di privazione di libertà*⁷³². La Corte conclude quindi, sotto questi profili, per la violazione dell'art. 5 par. 4. La lettura di questa sentenza, sotto questo aspetto, è interessante soprattutto se letta tenendo presente le sentenze della nostra Corte Costituzionale che trattano di argomenti simili (in particolare n. 74 del 1968, n. 223 del 1976, n. 169 del 1982), e notando come su molti aspetti i principi enunciati dalle diverse Corti convergano.

L'ultimo passaggio di questa sentenza coinvolge un articolo diverso, l'art. 6 della CEDU. Esso, come accennato, riguarda il diritto di ogni persona ad un equo processo per le “controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”. Secondo il ricorrente vi è stata, nel suo caso, violazione anche di questo articolo, in quanto “nei limiti in cui la sua detenzione lo ha automaticamente privato della capacità di gestire il suo patrimonio, vi sarebbe stata 'decisione' sui 'suoi diritti e doveri di carattere civile' senza le garanzie di procedura giudiziaria

732 Par. 63 (corsivi miei).

previste dall'art. 6, par. 1^{733,734}. La Corte rileva che effettivamente l'incapacità di gestire il proprio patrimonio era una conseguenza giuridica derivante “automaticamente dal ricovero coatto in un ospedale psichiatrico”; rileva in secondo luogo che “la capacità di gestire personalmente il proprio patrimonio include l'esercizio di diritti privati e, pertanto, riguarda 'diritti e obblighi di carattere civile' nel significato dell'art. 6, par. 1”, e che il ricorrente ha perso tale capacità a causa del suo internamento in un ospedale psichiatrico. La Corte conclude quindi che vi è stata violazione dell'art. 6 par. 1, poiché “quale che sia il modo in cui si giustifichi sottrarre ad un alienato la capacità di amministrare i suoi beni, si impone comunque il rispetto delle garanzie dell'art. 6, par. 1. Le infermità mentali, come si è rilevato *supra* nel contesto [dell'] art. 5, par. 4, (...) possono rendere legittime talune limitazioni all'esercizio del 'diritto ad un tribunale', ma non l'assenza totale di tale diritto, quale sancito dall'art. 6, par. 1 (sentenza Golder, cit., par. 36, 38 e 39)”⁷³⁵.

733 Ai sensi del quale “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”.

734 Par. 69.

735 Par. 72 ss.

1.1.2. La sentenza *Ashingdane c. Regno Unito*.

In una sentenza successiva, del 1985 (*Ashingdane c. Regno Unito*)⁷³⁶, la Corte torna su questi temi. In particolare affronta nuovamente il problema se l'art. 5 par. 1 e) presupponga la necessaria adeguatezza dei trattamenti sanitari offerti all'internato. Come abbiamo visto, la sentenza *Winterwerp* lo negava decisamente; qui invece, pur ribadendo che “il trattamento o il regime adeguati non rientrano(...), in linea di principio, nell'art. 5, par. 1 e)”, la Corte afferma che “in linea di principio, la detenzione di un malato di mente è 'regolare' ai sensi dell'alinea e) del par. 1 solo se avviene in un ospedale, una clinica o in altro istituto idoneo allo scopo”⁷³⁷. Questo perché la Corte ravvisa la necessità di un certo legame tra il motivo invocato per la privazione di libertà ed il luogo ed il regime della detenzione. Inoltre, “certamente la 'regolarità' della detenzione deve riguardare sia l'adozione che l'applicazione della misura privativa di libertà. Presuppone, anzitutto, la conformità al diritto interno, ma anche, l'art. 18 lo conferma, allo scopo delle restrizioni autorizzate dall'art. 5, par. 1. Più generalmente, deriva dall'oggetto stesso di quest'ultima disposizione che una detenzione arbitraria non potrà mai essere considerata 'regolare’”⁷³⁸. Per la cronaca, nel caso in questione la Corte non ravvisò alcuna violazione dell'art. 5 par. 1 e) sotto questo profilo⁷³⁹, mantenendosi coerente con la prima

736 Corte EDU, sentenza 28 maggio 1985, n. 93, *Ashingdane c. Regno Unito*.

737 Par. 44.

738 *Ibidem*.

739 Pur rammaricandosi di quella che considera una “sfortunata circostanza”: il fatto che il signor *Ashingdane* “ha subito, dal punto di vista umano, un'ingiustizia, avendo dovuto sopportare il regime più rigido” di un ospedale 'di massima sicurezza' in cui “è rimasto nella condizione di malato detenuto, nella misura in cui la sua libertà, e non

affermazione riportata.

1.1.3. La sentenza van der Leer c. Paesi Bassi.

Nel 1990, nella sentenza *van der Leer c. Paesi Bassi*⁷⁴⁰, la Corte, nel valutare se l'internamento della signora van der Leer in ospedale psichiatrico fosse 'regolare', ha sottolineato come tale valutazione dovesse essere effettuata non solo sulla base della normativa interna del paese di cui si tratta, ma anche sulla base dell'art. 5 CEDU. Ha ravvisato quindi la necessità di valutare se la privazione di libertà fosse giustificata conformemente ad uno dei motivi previsti da tale articolo, il cui fine è “proteggere l'individuo dall'arbitrarietà”⁷⁴¹. Inoltre, si è occupata della conformità della procedura di internamento con l'art. 5 par. 2, che recita: “Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico”.

solamente quella di movimento, è stata assoggettata in fatto e in diritto a limitazioni” (par. 42) “per diciannove mesi in più rispetto alle necessità del suo stato mentale. Il Governo stesso ha compassione per questa sofferenza, e deplora gli avvenimenti che hanno dato luogo al ricorso. Il problema dal quale scaturisce il caso in esame, [cioè] il trasferimento dagli ospedali 'speciali' dell'Inghilterra e della regione Galles, è stato incontestabilmente grave per gli interessati. Tuttavia, il danno provocato al signor Ashingdane non rientra tra quelli contro i quali l'art. 5, par. 1e della Convenzione assicura tutela” (par. 49).

740 Corte EDU, sentenza 21 febbraio 1990, serie A, n. 170.

741 Par. 22: “In the Court's view, the main issue to be determined in the present case is whether the disputed detention was 'lawful', including whether it complied with 'a procedure prescribed by law'. The Convention here refers back essentially to national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be consistent with the purpose of Article 5, namely to protect individuals from arbitrariness”.

Secondo l'opinione del Governo dei Paesi Bassi, questo paragrafo sarebbe da applicarsi solamente agli arresti nell'ambito di procedimenti penali, come si evincerebbe dall'uso dei termini “arresto” ed “accusa” nell'articolo⁷⁴². La Corte ammette che effettivamente i termini usati nel paragrafo hanno connotazione penale, ma non ritiene ciò sia determinante. In contrario, ritiene che essi debbano essere interpretati “autonomamente”, seguendo i principi dell'interpretazione teleologica⁷⁴³, e quindi tenendo presente che oggetto e scopo dell'art. 5 è tutelare ogni individuo dalle privazioni arbitrarie di libertà⁷⁴⁴. “L'arresto di cui si parla, pertanto, trascende il quadro delle misure di carattere penale e concerne anche, come nel caso di specie, l'internamento del malato di mente”⁷⁴⁵.

1.1.4. La sentenza Aertz c. Belgio.

Nel 1998 c'è stata un'ulteriore sentenza in argomento⁷⁴⁶, la quale ha fatto applicazione del principio enunciato per la prima

742 Par. 26: the Government “argued that paragraph 2 (art. 5-2) (...) did not apply to the case in question because the words 'arrest' and 'charge' showed that it was only relevant to cases arising under the criminal law. The presence of the conjunction 'and' confirmed this”.

743 Pisani, *Art. 5*, cit., p. 130.

744 Par. 27: “The Court is not unmindful of the criminal-law connotation of the words used in Article 5 paragraph 2. However, it agrees with the Commission that they should be interpreted 'autonomously', in particular in accordance with the aim and purpose of Article 5, which are to protect everyone from arbitrary deprivations of liberty. Thus the 'arrest' referred to in paragraph 2 of Article 5 extends beyond the realm of criminal-law measures. Similarly, in using the words 'any charge' ('toute accusation') in this provision, the intention of the drafters was not to lay down a condition for its applicability, but to indicate an eventuality of which it takes account”.

745 Pisani, *ibidem*.

746 Corte EDU, sentenza 30 luglio 1998, n. 25357, *Aertz c. Belgio*.

volta dalla sentenza Ashingdane nel 1985, per cui “la detenzione di un malato di mente è 'regolare' ai sensi dell'alinnea e) del par. 1 solo se avviene in un ospedale, una clinica o in altro istituto idoneo allo scopo”, poiché “occorre un certo legame tra, da un lato, il motivo invocato per la privazione di libertà e, dall'altro, il luogo ed il regime della detenzione”⁷⁴⁷. Poiché ritiene accertato che il reparto psichiatrico dove era stato internato il ricorrente “non poteva essere considerato un istituto idoneo alla detenzione di alienati”, in quanto “questi ultimi non erano seguiti da medici e non erano sottoposti a terapie” e basandosi sul parere della Commissione di difesa sociale belga la quale “ha ritenuto che la situazione nuocesse all'interessato, che non beneficiava delle cure richieste dallo stato che aveva dato luogo al suo internamento”, la Corte ha ritenuto esservi stata “una frattura del legame tra scopo della detenzione e condizioni nelle quali essa si svolge”⁷⁴⁸, e conclude quindi che vi è stata violazione dell'art. 5, par. 1.

1.1.5. La sentenza Mihailovs c. Lettonia.

Tra le pronunce più recenti non può non farsi cenno al caso Mihailovs c. Lettonia⁷⁴⁹. Si tratta di una sentenza interessante sotto più punti di vista, in cui è affrontato il tema dei diritti – in particolare il diritto alla libertà personale e ad agire in giudizio per la difesa della stessa – delle persone legalmente incapaci, con interessanti riflessioni in tema di

747 Sentenza Ashingdane, cit., par. 44.

748 Sentenza Aertz, par. 49.

749 C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 22 gennaio 2013, Mihailovs c. Lettonia. La descrizione della sentenza ed un suo commento può anche trovarsi in Pelazza M., *Incapacità legale e ricoveri coatti: giurisprudenza europea e situazione italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 25 Marzo 2013, da cui sono tratti alcuni passi di questo paragrafo.

ricovero coatto di persone con disturbi psichici Il *focus* è, dunque, sugli artt. 5 par. 1 lettera e) e 5 par. 4 della Convenzione.

Il caso riguarda un soggetto epilettico, il sig. Mihailovs, che era stato privato della capacità legale nel 2000 su iniziativa della moglie, nominata tutore dello stesso. La perizia richiesta nel corso del procedimento di inabilitazione aveva riscontrato “epilessia di natura organica con sintomi psicotici”, corredata da crisi (tonico-cloniche ed “assenza”) e sintomi di tipo psicologico (quali pensieri ossessivi, cambiamenti d'umore, una riduzione della capacità di ragionamento).

Nello stesso periodo il ricorrente viene ricoverato in un ospedale psichiatrico; vi rimane due anni per essere poi trasferito in una struttura statale socio-assistenziale, il Centro *Ile parish*, su richiesta della moglie⁷⁵⁰.

Nella struttura, di tipo residenziale, il sig. Mihailovs convive con persone psichicamente sofferenti, e si trova *de facto* in una situazione di forte limitazione della propria libertà: egli infatti non può uscire dal centro da solo senza permesso della moglie-tutore (la quale non ha mai concesso tale autorizzazione al sig. Mihailovs). Inoltre, a partire dal 2007, quest'ultima diede indicazioni alla direzione del centro di impedire al sig. Mihailovs di ricevere visite senza il suo permesso⁷⁵¹, dando mandato altresì ad un operatore di “ricevere la corrispondenza per conto del [suo 'tutelato']”.

Pur trattandosi di una struttura residenziale, a detta del Governo lettone, di tipo “aperto”, risulta che ove gli ospiti si

750 Nell'esercizio delle sue funzioni di tutore.

751 La data è – significativamente – di poco successiva quella del primo ricorso proposto dal sig. Mihailovs per vedersi riconosciuta la capacità legale. In un primo momento dando indicazione di vietare le visite del sig. Petrovs, poi diventato tutore del sig. Mihailovs, ed in seguito vietando qualsiasi visita, salvo suo espresso consenso scritto.

allontanassero senza il permesso della direzione, venivano ricercati dalle forze di polizia e riportati al Centro coattivamente. Centro, del resto, circondato da un muro sovrastato da filo spinato, e situato in collina, in luogo isolato.

Nel complesso, Mihailovs rimane in questa situazione per otto anni, fino al 2010, anno in cui il centro in cui risiede viene trasferito in altra sede e reso effettivamente più “aperto”.

Nel corso degli otto anni trascorsi presso il centro *Ile parish*, il sig. Mihailovs chiede insistentemente che gli sia concesso di uscire liberamente dal centro e di ottenere il riconoscimento della capacità giuridica (dato anche che le crisi epilettiche di cui soffre lo colpiscono molto raramente), o almeno che gli sia sostituito il tutore: nei ricorsi da lui proposti ai tribunali locali dichiara, tra le altre cose, che la moglie non svolge i suoi doveri di tutrice, e che non gli ha permesso di uscire dal centro *Ile parish* nemmeno per partecipare al funerale di suo padre o visitarne la tomba.

Le domande per essere dimesso dal centro *Ile parish*, rivolte alla direzione dello stesso ed al Ministero del Welfare, con il supporto di un membro di una ONG entrato in contatto con lui, vengono tuttavia respinte poiché il ricovero avrebbe potuto cessare solamente su richiesta del tutore legale del ricorrente.

Il ricorso mirante a riottenere la capacità legale non viene accolto dal Tribunale⁷⁵²; quello relativo al cambio di tutore,

752 Il quadro normativo del momento non permetteva alla persona sottoposta a tutela di adire il Tribunale per la revisione della propria condizione: questa poteva essere promossa solamente dal tutore o su iniziativa del Tribunale stesso. Pare dunque di capire che la proposizione della domanda da parte del ricorrente avesse dunque stimolato il Tribunale ad attivarsi, richiedendo un parere sul punto alla direzione del centro cui il ricorrente era assegnato, e decidendo di non procedere ulteriormente, poiché il parere dato descriveva una situazione di patologia (epileptic dementia) “stabile, irreversibile e

proposto per la prima volta nel 2009 e finalizzato alla nomina di una persona indicata dal sig. Mihailovs “che si sarebbe attivat[a] per assicurare che il ricorrente potesse lasciare il centro *Ile* e per il ripristino della sua capacità legale”, viene inizialmente respinto dal giudice, che decide senza ascoltare direttamente il ricorrente. Solo nel 2011, dopo l'audizione del ricorrente, la moglie⁷⁵³ di quest'ultimo viene dichiarata “inappropriata” nel ruolo di tutore (tra l'altro perché si accerta che quest'ultima non lo aveva mai fatto uscire dal centro socio-assistenziale per stare a casa propria, o per visitare la tomba dei suoi genitori o la chiesa, nonostante il sig. Mihailovs l'avesse richiesto lungamente). Viene nominato tutore un altro soggetto, indicato dal ricorrente: il sig. Petrov. Questi avvia effettivamente un procedimento per il ripristino della capacità giuridica del ricorrente, del quale non si conosce l'esito. Il sig. Mihailovs – ora residente nella nuova e diversa sede del Centro socio-assistenziale – ed il suo tutore non hanno al momento espresso la volontà di far cessare tale situazione, probabilmente a motivo delle migliori condizioni di vita e la maggior libertà presso il nuovo Centro.

Il sig. Mihailovs, nel suo ricorso alla Corte di Strasburgo, lamenta la violazione di alcuni articoli della Convenzione, tra cui in particolare gli artt. 5 e 8 Cedu.

Prima di analizzare la pronuncia osserviamo che in essa si conferma il tradizionale approccio “volto al concreto” della Corte, per cui è irrilevante, ai fini della decisione, la formale qualificazione del fatto portato alla sua attenzione: i giudici prendono in considerazione solo i dati di realtà oggettivamente emergenti dall'analisi dei fatti. Ciò appare in maniera evidente nei punti in cui la Corte affronta la questione circa la natura

progressiva”.

753 Ed il figlio, nominato nel frattempo “co-tutore” insieme alla madre.

(volontaria o meno) del ricovero, e la qualificazione come “chiusa” o “aperta” della clinica in cui il ricovero si è svolto.

La Corte, per il periodo 2002-2010⁷⁵⁴, riscontra l'avvenuta violazione di due norme contenute nella Convenzione: i paragrafi 1 e 4 dell'art. 5, che tutela il diritto alla libertà e alla sicurezza di ogni persona.

In primo luogo, i giudici accolgono la tesi del ricorrente secondo cui la sua collocazione presso il centro socio-assistenziale di Ile parish ha costituito una effettiva privazione di libertà, e non una mera limitazione alla propria libertà di circolazione (tutelata dall'art. 2, Prot. n. 4 CEDU).

Sul punto, la Corte richiama i principi già elaborati in precedenti sentenze⁷⁵⁵ aventi ad oggetto diversi casi di pazienti psichiatrici privati della libertà personale⁷⁵⁶: perché si tratti di privazione di libertà è necessario l'accertamento di requisiti oggettivi e soggettivi.

I requisiti oggettivi, in questo caso, sono pienamente soddisfatti. La Corte, sul punto, sottolinea che una effettiva

754 Periodo coincidente con la permanenza del ricorrente presso il centro *Ile parish*, sotto tutela della moglie.

755 In particolare, nel corso delle sue argomentazioni, la Corte fa riferimento alla nota sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi*, sent. 24 ottobre 1979, ric. n. 6301/73, nonché ad una serie di ulteriori pronunce, tra le quali si segnala, poiché molto recente ed unita da notevoli analogie alla sentenza in commento, *Kędzior c. Polonia*, sez. IV, sent. 16 ottobre 2012, ric. n. 45026/07, e *Plesó c. Ungheria*, sez. II, sent. 2 ottobre 2012, ric. n. 41242/08; tra le altre si v. *D. D. c. Lituania*, II sez., sent. 14 febbraio 2012, ric. n. 13469/06; *Stanev c. Bulgaria*, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 36760/06; *Shtukaturov c. Russia*, I sez., sent. 27 marzo 2008, ric. n. 44009/05; *H. L. c. Regno Unito*, IV sez., sent. 5 ottobre 2004, ric. n. 45508/99.

756 Su tali principi, e più in generale sulla distinzione operata dalla Corte tra “privazione” e “restrizione” della libertà personale si v. *Beduschi L.*, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, cit., pp. 255 ss.

privazione di libertà potrebbe sussistere persino nei confronti di persona ricoverata in un reparto aperto, con la possibilità di lasciare, anche senza accompagnamento, il luogo⁷⁵⁷, e non solo in caso di ricovero presso una istituzione “chiusa”. Il fattore determinante per il riconoscimento della privazione di libertà, nel caso di specie, consiste nel costante controllo esercitato dalla direzione dell'*Ile parish centre* su trattamento, cura, residenza e libertà di movimento del ricorrente. Questi, come accennato, non poteva lasciare l'istituzione senza il permesso della direzione (permesso che non risulta essere mai stato concesso, e che comunque avrebbe consentito l'uscita solo se accompagnato da operatori o altri pazienti); non era mai stato portato fuori dalla struttura dal suo tutore, e si trovava sotto la costante supervisione degli operatori, vedendo altresì drasticamente limitata la possibilità di ricevere visite.

Il requisito soggettivo consiste, sostanzialmente, nel dissenso espresso dalla persona circa la sua “detenzione”⁷⁵⁸. Anche questo requisito risulta pienamente soddisfatto: il ricorrente, infatti, ha in più occasioni dimostrato di vivere la permanenza coatta presso l'*Ile parish centre* come una privazione di libertà, esprimendo alle autorità il suo dissenso.

757 Cfr. *Ashingdane c. Regno Unito*, sent. 28 maggio 1985, ric. n. 8225/78, § 24 e 42 e, più di recente, la già citata *H. L. c. Regno Unito*, § 92, che così si esprime: “The Court would therefore agree with the applicant that it is not determinative whether the ward was “locked” or “lockable” (...). In this regard, it notes that the applicant in *Ashingdane* was considered to have been “detained” for the purposes of Article 5 § 1 (e) even during a period when he was in an open ward with regular unescorted access to the unsecured hospital grounds and the possibility of unescorted leave outside the hospital” (di questa sentenza si è trattato nel primo capitolo del presente lavoro, in particolare al par. 2 della sez. III).

758 Cfr. *Storck c. Germania*, sent. 16 giugno 2005 (ric. n. 61603/00), su cui v. L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale*, cit., p. 256.

La Corte affronta questo punto – che pur potrebbe sembrare scontato – in modo approfondito, poiché il soggetto coinvolto è persona priva di capacità legale. I giudici, in proposito, sentono la necessità di chiarire un aspetto forse ovvio ma di fondamentale rilevanza: “il fatto che il ricorrente mancasse *de jure* di capacità legale non significa necessariamente che egli fosse *de facto* incapace di comprendere la sua situazione”, e dunque di dissentirvi, come in questo caso.

Una volta appurata l’effettiva privazione di libertà subita dal ricorrente per otto anni, rimane da affrontare il tema – decisivo – della compatibilità della stessa con la Convenzione.

La Corte dichiara in primo luogo la privazione di libertà subita dal ricorrente incompatibile con l'art. 5 § 1 Cedu: pur ammettendo la sussistenza di una “base legale” per la collocazione del sig. Mihailovs presso l'*Ile parish centre* (ossia la richiesta in tal senso del suo tutore), questa non soddisfa i requisiti richiesti dalla costante giurisprudenza della Corte per considerare “lawful”, alla luce della norma citata, la detenzione di un soggetto “alienato”.

Questi requisiti, elaborati nel corso degli anni dalla Corte, possono essere così sintetizzati: in primo luogo, “una 'vera' infermità mentale deve essere accertata dall'autorità competente sulla base di una perizia medica oggettiva, salvo che in caso di urgenza”; in secondo luogo, “il disturbo psichico deve essere di natura o gravità tale da giustificare la privazione della libertà personale”⁷⁵⁹; la privazione di libertà deve essere proporzionata rispetto all'esigenza di tutelare la sicurezza dell'internato e della collettività⁷⁶⁰, ed infine “il perpetuarsi della detenzione deve essere correlato all'effettiva persistenza del disturbo psichico”.

759 Sul punto, cfr. Plesó c. Ungheria, cit. (della sentenza è disponibile un riassunto nel *Monitoraggio Corte EDU ottobre 2012*, in questa *Dir. pen. cont.*, a cura di Carlo Parodi).

760 Cfr. L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale*, cit., p. 274.

In primo luogo, in questo caso il Governo non ha dimostrato che il ricorrente sofferisse di una effettiva infermità mentale: il certificato medico effettuato nel corso del procedimento di interdizione, risalente al 2000, attesta espressamente che il ricorrente, epilettico e con problemi psicologici, *non* è affetto da “mental illness”; l'analogo certificato che, nel 2002, raccomanda che il ricorrente sia posto in un istituto per persone con disturbi mentali, non menziona alcuna patologia, né fisica né mentale; infine, rimane oscuro “chi, dove e quando ha formulato la diagnosi di 'epileptic dementia'”, risultante dalla documentazione relativa all'internamento del sig. Mihailovs presso il centro *Ile parish*. Il Governo, in definitiva, non ha fondato l'internamento su di una perizia medica oggettivamente attestante una infermità mentale.

Se anche quest'ultima fosse stata provata, del resto, mancherebbe la prova ulteriore relativa alla gravità della patologia. Sembra infatti doversi intendere che il requisito della “gravità” della patologia sia riferito, nella visione della Corte, alla “pericolosità” del soggetto: i giudici infatti sottolineano come non sia stato accertato che il ricorrente fosse pericoloso per sé o per altri⁷⁶¹. Nemmeno, infine, sono state prese in considerazione dalle autorità alternative meno restrittive all'internamento, come l'assistenza socio-sanitaria territoriale; carente, infine, il sistema di controllo della persistenza dell'(eventuale) patologia psichiatrica.

Dichiarata perciò l'avvenuta violazione dell'art. 5 § 1 Cedu⁷⁶², la Corte procede analizzando la compatibilità dei fatti oggetto di giudizio con il paragrafo 4 del medesimo articolo, secondo il quale “[o]gni persona privata della libertà mediante

761 Sullo specifico punto si v. la recente Plesó c. Ungheria, cit.

762 Lo Stato è riconosciuto responsabile della violazione: nonostante l'ammissione del sig. Mihailovs fosse stata chiesta da un privato (sua moglie in qualità di tutore), essa è stata implementata da un'istituzione di natura statale.

arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima”.

Le istanze di “uscita” dall'*Ile parish centre* presentate dal sig. Mihailovs alle autorità non sono state prese in considerazione, a motivo della sua incapacità legale: il Ministero, in particolare, chiariva espressamente che “all issues relating to the applicant were to be dealt with by his guardian”, e “the social care services could be terminated only upon an application from the applicant's guardian”; la direzione del Centro, dal canto suo, rilevava che “there were no grounds to terminate social care services as the applicant's guardian had failed to submit any such request”.

Non è stato altresì possibile per il ricorrente accedere a rimedi di tipo giudiziale per contestare la propria istituzionalizzazione coatta; né era previsto, al momento dei fatti, un sistema di periodica ed automatica *judicial review* degli internamenti involontari.

Enfatizzando l'importanza di un controllo giudiziale sulla detenzione di soggetti “alienati” (a maggior ragione quando l'internamento – come in questo caso – avviene su iniziativa di un privato, senza intervento di un giudice), la Corte accerta dunque la mancanza, al momento del fatto, di un quadro normativo conforme con la Convenzione, dichiarando violato anche l'art. 5 § 4 Cedu.

Il ricorrente sostiene, altresì, di aver subito una violazione dell'art. 8 Cedu, data la propria condizione di totale dipendenza dalle decisioni del tutore, e l'impossibilità di promuovere autonomamente un procedimento giurisdizionale volto al recupero della propria capacità legale. La Corte, pur ritenendo ammissibile il ricorso sul punto, non ritiene necessario affrontarlo autonomamente, ritenendolo sostanzialmente assorbito nelle conclusioni già raggiunte in tema di art. 5

Cedu⁷⁶³.

Le ulteriori violazioni portate dal ricorrente all'attenzione dei giudici – concernenti, tra gli altri, gli artt. 2 e 3 Cedu (in relazione alla somministrazione di psicofarmaci contro la sua volontà cui il sig. Mihailovs era stato sottoposto durante i due anni passati in ospedale) – vengono invece dichiarati manifestamente infondati e, dunque, rigettati.

1.2. L'art. 3 CEDU: divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Sotto il profilo dell'art. 3 Cedu, è opportuno tornare sulla sentenza Aertz c. Belgio. In essa, oltre ai profili già analizzati, si affronta il tema della possibile violazione dell'art. 3 CEDU (secondo il quale “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”) denunciata dal ricorrente a causa delle condizioni nel reparto psichiatrico del carcere dove egli era stato internato. Secondo il ricorso “l'interessato era stato letteralmente abbandonato a se stesso e non avrebbe beneficiato di alcuna cura medica e psichiatrica. Le condizioni di detenzione sarebbero state aggravate dal suo stato mentale. Per valutare le gravi ripercussioni delle condizioni di detenzione su di lui sarebbe sufficiente riferirsi al parere del medico antropologo, il quale (...) scriveva che era urgente trasferire il signor Aertz dal reparto psichiatrico, e alla decisione della Commissione di difesa sociale (...) la quale constatava che la mancata esecuzione della sua decisione (...)

763 Per alcune riflessioni in tema di “diritto alla capacità legale” e art. 8 Cedu si v. il già citato nel parere dello *European Disability Forum*, lo *European Network Of (Ex-)Users And Survivors Of Psychiatry*, l'*International Disability Alliance* ed il *World Network Of Users And Survivors Of Psychiatry*, reperibile in www.internationaldisabilityalliance.org.

nuoceva al ricorrente. In tali condizioni, il trattamento inflitto dovrebbe essere considerato quantomeno degradante”⁷⁶⁴.

La Corte ricorda che per attenersi all'art. 3 della Convenzione un maltrattamento deve raggiungere un minimo di gravità, e che la valutazione di tale livello minimo è di per sé relativa, e dipende dall'insieme dei dati della causa⁷⁶⁵.

Rileva che nessuno contesta che le condizioni generali esistenti nel reparto psichiatrico in questione fossero insoddisfacenti e inadatte ad una assistenza adeguata e al trattamento delle persone che vi erano internate. Il CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti) ha ritenuto che il livello di assistenza dei pazienti posti in quel reparto fosse al di sotto del minimo accettabile dal punto di vista etico e umano e che il loro mantenimento in quel luogo per periodi prolungati comportasse un rischio innegabile di peggioramento del loro stato mentale. Rileva però anche che “nella fattispecie, non vi è alcuna prova che tale peggioramento sia stato riscontrato nel signor Aertz. Infatti, le condizioni di vita nel reparto psichiatrico [ove il ricorrente era ricoverato] non sembrano avere avuto sul suo stato mentale effetti così gravi da ricadere sotto l'art. 3. È vero che non ci si può aspettare che una persona che si trova in uno stato di grave squilibrio mentale dia una descrizione dettagliata o coerente di ciò che ha sofferto durante la detenzione. Tuttavia, non è stato sufficientemente dimostrato che il ricorrente abbia sofferto di un trattamento qualificabile inumano o degradante”⁷⁶⁶; per questo motivo, ritiene che non vi sia stata violazione dell'art. 3 CEDU.

764 Par. 61.

765 Par. 64.

766 Par. 61.

1.3. L'articolo 8: diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Altro articolo della Convenzione che rileva per il nostro studio è l'art. 8, il quale sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, prevedendo che “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. In generale, l'articolo tutela essenzialmente due situazioni, e cioè la 'vita privata' e la 'vita familiare' (il rispetto del domicilio e della corrispondenza sono funzionali alla tutela dei primi due)⁷⁶⁷. Nella giurisprudenza della Corte non vi è una definizione delle due categorie, ma “un approccio (...) di tipo casistico, esaminando (...) dettagliatamente i fatti e le circostanze di causa, ed evolutivo, adattando le proprie decisioni ai mutamenti sociali e di sentimento collettivo”⁷⁶⁸.

1.3.1. La sentenza Pretty c. Regno Unito.

Questo articolo ci interessa, in specifico, sotto un profilo molto diverso da quello appena visto a proposito degli artt. precedenti: quello del principio di autodeterminazione in materia sanitaria. Infatti la giurisprudenza della Corte afferma,

767 Così Zeno Zencovich V., *Art. 8*, in *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 307.

768 Così Zeno Zencovich, *ibidem*, p. 308.

nell'importante sentenza *Pretty c. Regno Unito*, del 2002⁷⁶⁹, che “benché non sia stato accertato in nessuno dei casi precedenti che l'art. 8 della Convenzione implichi un diritto all'autodeterminazione in quanto tale, la Corte osserva che la nozione di autonomia personale rispecchia un principio importante sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art. 8”⁷⁷⁰. Per questo, “anche quando il comportamento in oggetto costituisce un rischio per la salute o quando si può ragionevolmente ritenere che abbia natura potenzialmente letale, la giurisprudenza degli organi della Convenzione considera l'imposizione da parte dello Stato di misure coercitive o di carattere penale lesive della vita privata ai sensi dell'art. 8, par. 1, e ravvisa la necessità di una giustificazione conforme al secondo paragrafo di tale articolo”⁷⁷¹.

La Corte prende chiaramente posizione riguardo al problema che, come visto, è stato ampiamente trattato da dottrina e giurisprudenza nel nostro Paese, affermando che “in ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe condurre inevitabilmente ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, se è un adulto e sano di mente, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8, par. 1 della Convenzione. Come ha affermato la giurisprudenza interna, un individuo può rivendicare il diritto di esercitare la scelta di morire rifiutando di consentire ad un trattamento che potrebbe avere l'effetto di prolungargli la vita”⁷⁷². Come risulta chiaramente da questa citazione, la Corte asserisce fermamente l'esistenza del diritto all'autodeterminazione, e quindi il principio per cui i trattamenti

769 Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, n. 2346, *Pretty c. Regno Unito*.

770 Par. 61.

771 Par. 62.

772 Par. 63.

sanitari non possono essere imposti ed effettuati nonostante il dissenso della persona, poiché è questa a dover decidere della propria vita, e non è invece il medico ad avere un diritto di curare, né lo Stato ha il diritto-dovere di mantenere forzosamente in salute i suoi cittadini. E' un principio enunciato enfaticamente; vediamo invece affermata quasi di sfuggita un'importante eccezione ad esso: quella per cui il principio non si applica “ai minori ed ai malati di mente”. E' affermata *en passant*, credo, per due motivi: anzitutto perché non riguarda il fulcro della questione che interessava la Corte, ma soprattutto perché è opinione acquisita e tradizionalmente accettata come ovvia, quella per cui il malato di mente non ha potere decisionale sul proprio essere. Non voglio qui discutere questa acquisizione; ritengo però sicuramente importante che non ci si dimentichi della delicatezza del giudizio con cui una persona è etichettata 'malato di mente' (e che non ci si dimentichi che si tratta del giudizio di un uomo su di un altro uomo, e non di una rivelazione divina). Che, insomma, in quel momento ci si renda conto delle conseguenze anche negative che questa categorizzazione, fatta – nella stragrande maggioranza dei casi – per tutelare la persona stessa, cercando di perseguire quello che è il suo interesse, può avere sulla libertà, la dignità e la credibilità della persona.

2. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, esprime un complesso di diritti fondamentali, articolato su valori come la dignità, la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza europea, la giustizia⁷⁷³, che “si applicano alle istituzioni, organi e

773 Tesauro, *Diritto comunitario*, cit., p. 18.

organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione” (art. 51, primo comma).

Si è osservato che con essa non si è voluto innovare, ma semplicemente “rendere più visibili” i diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea⁷⁷⁴; che la Carta “somiglia ad una sorta di testo unico, a mezza strada tra il 'compilativo' e l'innovativo”, posto che in essa, com'è noto, sono stati fatti confluire la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, la Carta sociale europea del 1961, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, varie direttive della CE, nonché principi espressi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle CE⁷⁷⁵.

In seguito alla proclamazione della Carta, i “principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri” vengono ad assumere “in buona parte una forma esplicita” in essa; il che esplica “un effetto 'sostanzialmente costituzionale', nel senso cioè che la visibilità dei diritti fondamentali prodotta dalla Carta (...) agevola con ciò stesso il controllo sociale delle eventuali violazioni dell'art. 6, comma 1, TUE⁷⁷⁶, il quale – ricordiamo – afferma che “l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”.

Vediamo dunque quali sono gli articoli che ci interessano, tenendo conto del fatto che la Carta in buona parte 'riassume' diritti già enunciati da altre fonti, e già analizzati *supra* (dalla CEDU “la Carta ha bensì desunto molti diritti, ma eliminando i

774 Tesauro, *ibidem*; Pace A., *A che serve la carta dei diritti fondamentali dell'unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 1, 2001, pp. 193 ss., par. 2, nota 12.

775 Pace., *A che serve la carta*, cit., par. 2.

776 Pace, *ibidem*, par. 3.

corrispondenti limiti”, cosa che ad alcuni è sembrata una “improvvida ed eccessiva semplificazione”⁷⁷⁷.

All'articolo 1 si afferma che “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”.

L'articolo 3 enuncia che “ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica”, e specifica il significato di questa affermazione nell'ambito della medicina e della biologia: “nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani”.

E' da notare come, pur riferendosi a problemi di medicina e consenso, non si faccia qui riferimento alla *salute*, bensì alla *integrità*. Infatti, si pone il consenso a strumento di tutela dell'integrità nel campo della biologia e della medicina. E' stato affermato che ciò significa che “la 'legge' del rapporto, l'obiettivo della collaborazione tra medico e paziente è l'*integrità*⁷⁷⁸”, che si realizza attraverso l'autodeterminazione, e

777 Pace, *ibidem*, par. 4, il quale sostiene che la Carta “ignora (...) che la configurazione di diritti presuppone la corrispondente individuazione dei limiti”: gli estensori avrebbero dato per scontato, “chi in buona fede (i sostenitori del diritto giurisprudenziale), chi per superficialità o cinismo, che non potendo comunque esistere diritti senza limiti (come del resto ripeteva anche la nostra Corte costituzionale nelle criticatissime decisioni dei primissimi anni), questi verranno comunque apposti dagli atti normativi comunitari e il giudice europeo ne valuterà la legittimità sulla base di interpretazioni funzionalistiche o, quanto meno, 'logiche”.

778 Integrità intesa come valore riferito agli aspetti “*genetico, corporale e psicologico - morale*”, che dunque “include, ma trascende l'aspetto della pura interezza fisica per assumere quello della propria,

che non si può scindere il valore della *salute* da quello della *libertà*: non si può cioè “assegnare a scopo del rapporto terapeutico il primo valore, e a funzione di tutela della libertà del paziente il secondo”⁷⁷⁹; in altre parole, che anche nel rapporto terapeutico deve affermarsi la libertà del paziente di autodeterminarsi.

All'art. 4 vi è la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti: “Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti” (riprendendo testualmente l'art. 3 CEDU).

L'art. 6 afferma il diritto di ogni persona alla libertà e alla sicurezza (richiamando l'art. 5 CEDU, senza però effettivamente accennare ad eventuali limiti).

All'art. 7 si riprende l'art. 8 CEDU, anche qui senza ricalcarne i limiti previsti, affermando che “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni”.

L'art. 35 è dedicato specificamente alla protezione della salute⁷⁸⁰, e stabilisce che “ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”, richiamando così alcune disposizioni del Trattato dell'UE e del Trattato CE.

Infine, l'art. 47, rubricato “diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale” riguarda il diritto alla difesa, nei

unica qualità di esistenza”. Così Zatti P., *Rapporto medico-paziente e 'integrità' della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 408.

779 Zatti P., *Rapporto medico-paziente...cit.*, p. 408.

780 Nella Carta la salute, “esclusa, a favore dell'integrità, dal Capo I, si ritrova nel Capo IV (Solidarietà) all'art. 35, come diritto sociale che ha per oggetto le prestazioni della sanità e quindi anche del rapporto medico-paziente”: così Zatti, *ibidem*.

seguenti termini: “ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.

Per quanto riguarda la portata e interpretazione dei diritti e dei principi, l'art. 52 stabilisce che “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il *contenuto essenziale* di detti diritti e libertà⁷⁸¹. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (...)”. Inoltre, “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà

781 Sembra condivisibile la preoccupazione di Pace, secondo il quale “non è affatto tranquillizzante che l'art. 52 della Carta preveda che 'eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il *contenuto essenziale di detti diritti e libertà*'. (...) Una clausola del genere (...) è ambigua, se non addirittura pericolosa, perché finisce per attribuire al legislatore, in via di principio, il potere di determinare quale sia il contenuto essenziale dei diritti. Il che è tanto più grave con riferimento ai diritti di libertà, il cui '*contenuto*' sta tutto nell'*esercizio*' (*àgère licéè*), con la conseguenza che limitare il loro esercizio equivale a restringerne il contenuto”; in *A che serve la carta*, cit., par. 4.

fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”, e, analogamente “laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”.

3. La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina.

La convenzione di Oviedo, la cui denominazione completa è “Convenzione per la protezione dei diritti umani e la dignità dell'essere umano con riguardo alla applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina”, è stata elaborata in seno al Consiglio d'Europa ed aperta alla firma il 4 aprile 1997.

Caratteristica di tale Convenzione è quella di essere aperta anche alla firma di paesi terzi, non facenti parte del Consiglio d'Europa. Essa mostra così di avere “vocazione universale”⁷⁸², ed aspira ad essere considerata “strumento universale di tutela dei diritti umani in queste delicate materie”⁷⁸³.

La Convenzione delinea una serie di principi che hanno l'obiettivo di tutelare i diritti dell'uomo nel campo della biomedicina, e di armonizzare il diritto interno degli stati membri in questa materia, “anche al fine di ridurre al minimo il fenomeno del 'turismo', rinvenibile in rapporto a determinate

782 Pariotti E., *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Studium iuris*, 2002, p. 562.

783 Viganò F., *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Corr. merito*, 4, 2009, p. 346.

pratiche biomediche”⁷⁸⁴. L'*explanatory report* che accompagna la Convenzione spiega come la volontà di giungere ad essa scaturisca dalla “observation of the radical developments in science”, e dal fatto che la scienza stessa “with its new complexity and extensive ramifications, thus presents a dark side or a bright side according to how it is used”. L'obiettivo è quindi quello di far prevalere gli 'aspetti benefici' della scienza sul suo 'lato oscuro'.

La Convenzione affronta solo “the most important principles”, rinviando a successivi protocolli addizionali la trattazione più dettagliata di specifiche questioni. Come vedremo, comunque, tra i temi presi in considerazione non vi sono solo quelli strettamente legati ai progressi più recenti della scienza (come ad esempio gli interventi sul genoma umano o sugli embrioni), ma anche problematiche più tradizionali, come appunto i trattamenti sanitari obbligatori cui sono sottoposte le persone che soffrono di “mental disorder”.

Prima di analizzare gli articoli che più da vicino interessano il tema che stiamo studiando, va precisato qual è il valore che questa Convenzione ha nell'ordinamento italiano. Dal punto di vista giuridico-formale, sembra che essa “non possa considerarsi attualmente in vigore nell'ordinamento italiano, né che l'ordinamento italiano – sul piano del diritto internazionale – sia ancora vincolato al suo rispetto”⁷⁸⁵.

Infatti, essa è stata sottoscritta dall'Italia, ed il Parlamento (con la legge n. 145 del 2001) ne ha autorizzato la ratifica, con la formula “piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione...” (art. 2). Sorgono però due problemi ad ostacolare la sua efficacia. In primo luogo, la stessa legge di

784 Pariotti E., *Prospettive e condizioni*, cit., pp. 561 ss.; Piciocchi C., *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?* in *Dir. pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1301 ss.

785 Viganò, *I presupposti di liceità*, cit., p. 346.

autorizzazione alla ratifica ha delegato il Governo “ad adottare (...) uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione” (art. 3 l. 145/2001), e questa delega è scaduta rimanendo inattuata. Questo ostacolo potrebbe superarsi, limitatamente alle norme della Convenzione che siano *self-executing*, in quanto sufficientemente dettagliate⁷⁸⁶; un ulteriore problema sembra però escludere questa soluzione: il fatto che il Governo non abbia mai depositato lo strumento di ratifica della Convenzione, pur essendo stato autorizzato a farlo dal Parlamento⁷⁸⁷.

Ciò nonostante, la giurisprudenza ha considerato in più occasioni (a titolo di esempio citiamo Corte Cost. 334/2008, Corte Cost. 46 - 47 - 48 - 49/2005, Cass. civ. 21748/2007, Cass. civ. 8291/2005, Cass. pen. 2437/2009, Trib. Modena 19 dicembre 2008) la Convenzione almeno come *strumento interpretativo del diritto vigente*⁷⁸⁸, affermando ad esempio che all'accordo “può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione

786 Così ritiene Guazzotti A., *In margine al caso Welby: notazioni su adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in www.forumcostituzionale.it, il quale peraltro ritiene la Convenzione di Oviedo “ratificata dal nostro Paese, in virtù dell'autorizzazione contenuta nell'art. 1 della citata legge n. 145/2001”.

787 Cfr. Viganò, *I presupposti di liceità*, cit., p. 346, il quale afferma che il mancato deposito della ratifica “secondo l'opinione dominante presso la dottrina internazionalistica e della stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. ord. 282/1983 e sent. 379/2004) è condizione essenziale non solo affinché lo Stato italiano possa considerarsi obbligato al rispetto di una convenzione sul piano del diritto internazionale, ma anche affinché le norme della convenzione possano ritenersi incorporate nel diritto interno in forza della clausola di “piena ed intera esecuzione” contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica”.

788 Viganò, *ibidem*, p. 347.

ausiliaria sul piano ermeneutico: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme⁷⁸⁹, ed ancora, in altra occasione, che “sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la l. 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme⁷⁹⁰”.

Tra gli articoli che qui interessano vi è sicuramente l'art. 2, il quale, rubricato “primato dell'essere umano” afferma che “l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza”. Sembra forse un'affermazione banale e scontata, ma abbiamo visto che non è così: nel dibattito sulla portata dell'art. 32 Cost. la dottrina italiana si è spesso domandata se la salute del singolo potesse essere sacrificata a vantaggio dell'interesse della società, e le risposte sono state diverse. La conclusione che abbiamo visto essere teoricamente prevalente è quella che nega questa possibilità, ma sappiamo anche che la giurisprudenza ammette, con la famosa “tragica scelta” che la salute di un individuo sia messa a rischio per il bene della collettività (senza particolari

789 Corte Cost. 8 ottobre 2008, n. 334.

790 Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748. Segnaliamo che in alcuni casi la Convenzione è stata anche ritenuta “vigente nel nostro Paese in seguito alla ratifica di cui alla l. n. 145 del 2001”: così Trib. Cagliari, sent. 22 settembre 2007, n. 2508.

prese di distanza da parte della dottrina); ed ammette anche, in alcuni casi, che il diritto del singolo alla salute addirittura sia diritto *funzionale*, cioè attribuito al singolo non nel suo proprio interesse, ma nell'interesse della collettività alla salute dei singoli⁷⁹¹.

Si è detto che l'art. 2 smentisce “qualsiasi tipo di concezione 'utilitaristica' dell'individuo e del suo benessere psicofisico, [poiché afferma] a chiare lettere la prevalenza 'dell'interesse e del valore dell'essere umano' sul 'solo interesse della società o della scienza'”⁷⁹².

Non bisogna però enfatizzare eccessivamente questa affermazione di principio della Convenzione: essa, presa alla lettera ed isolatamente, effettivamente si allontanerebbe nettamente dall'elaborazione giurisprudenziale, se non anche dottrinale italiana; ma una lettura sistematica dell'articolo, che tenga conto del contesto della Convenzione, riduce la sua rigidità. La Convenzione infatti permette deroghe ai principi da essa stabiliti, nei limiti ed alle condizioni specificate dall'art. 26, che analizzeremo oltre.

Gli articoli che in particolare ci interessano sono quelli raccolti sotto il capitolo “Consenso”. Tralasciamo alcune altre questioni, pur in sé molto rilevanti, per dedicarci ai punti che

791 Così Cass. pen., sez. I., sent. 29 maggio 2002, *Volterrani*, CED 222581, che abbiamo già citato al par. 3.5.1., nota 266, ma riportiamo anche qui per comodità del lettore: “per il legislatore l'uomo non è illimitatamente *dominus membrorum suorum* perché la sua validità ed efficienza psichica sono considerate dal diritto di importanza fondamentale per l'esplicazione delle funzioni sociali e familiari assegnategli e per il contenimento dei costi gravanti sulla collettività costretta a sopperire deficienze di questo o quello dei suoi membri”. Per le nette critiche formulate nei confronti di tesi del genere, cfr. *supra*, spec. par. 3.

792 Vallini A., *Il valore del rifiuto di cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubblico*, 2003, p. 195.

riguardano direttamente il problema delle 'malattie mentali', o che hanno immediati riflessi su di esso.

L'art. 5 della Convenzione pone la regola generale: “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato”. Questa 'regola generale' coincide con quella che si è affermata, o – meglio – che si sta affermando, anche nel nostro ordinamento. E' importante che qui sia esplicitamente affermata: l'interprete è così sollevato dal compito di dover ricavare questa soluzione da un insieme di regole e principii per via interpretativa, e ciò giova soprattutto alla certezza del diritto, di cui si sente la mancanza specialmente in questo campo.

L'art. 6 disciplina l'eventualità in cui la persona bisognosa di intervento sanitario non sia in grado di dare il suo consenso. L'incapacità si deve intendere, secondo l'*explanatory report*, non in astratto, ma “nel contesto di uno specifico intervento”⁷⁹³. Secondo la relazione, questo non vieta che essa possa derivare, comunque, dall'istituto dell'incapacitazione legale (ed essere riferita quindi ad una o più categorie di atti)⁷⁹⁴, oltre che essere accertata di volta in volta. In questi casi, la regola è che “un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa”.

Per quanto riguarda specificamente il caso in cui la persona sia ritenuta incapace a causa di una malattia mentale, il paragrafo 3 dell'art. 6 stabilisce che “allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una

793 Par. 42 del report.

794 Sembra però, così, perdere di significato l'affermazione per cui “l'incapacità deve essere accertata nel contesto dello specifico intervento”. Al par. 44 il report chiarisce meglio la sua linea, come vedremo subito.

malattia o per un motivo simile⁷⁹⁵, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, *questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante*, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. *La persona interessata deve per quanto possibile partecipare alla procedura di autorizzazione*".

L'*explanatory report* precisa che “se un adulto è stato dichiarato incapace, ma in un dato momento non soffre di ridotta capacità mentale (ad esempio perché la sua malattia è in fase di miglioramento), egli deve consentire in prima persona, come previsto dall'art. 5” (par. 43). Ritengo sia una precisazione importante perché esprime la necessità di riconoscere il diritto di ognuno di decidere in merito alla propria salute, per quanto possibile. Evidentemente si vuole evitare che una persona etichettata come 'malato mentale' venga automaticamente e senza ulteriori accertamenti ritenuto incapace di autodeterminarsi in merito alla propria salute. Si vogliono rendere autonomi i due concetti, quello di 'incapacità' e di 'malattia mentale', che nell'opinione comune, ed anche nel linguaggio giuridico, sono spesso confusi. Nella stessa direzione va anche l'ultimo comma del par. 6 comma 3, e la precisazione dell'*explanatory report* (par. 46) secondo cui anche se ritenuto incapace, l'adulto non deve essere comunque mai escluso dalla decisione che lo riguarda.

All'art. 7 è disciplinato il caso specifico delle persone che soffrono di un disturbo mentale: “la persona che soffre di un disturbo mentale grave *non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole*

795 L'*explanatory report* (par. 43) chiarisce che l'espressione “motivo simile” fa riferimento a “situazioni come incidenti o stato di coma, ad esempio, in cui il paziente non è in grado di formulare le sue volontà o di comunicarle”.

alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso”.

In primo luogo è da sottolineare che si parla qui di persone che *sono* capaci di dare un valido consenso ai trattamenti, nonostante nonostante soffrano di un disturbo mentale che indebolisce notevolmente tale capacità⁷⁹⁶. Si tratta quindi di un'eccezione al principio generale del necessario consenso della persona *capace*, previsto dall'art. 5.

In secondo luogo, l'articolo fa riferimento solo agli interventi terapeutici che abbiano ad oggetto il trattamento del disturbo mentale; non, quindi, a qualsiasi trattamento sanitario. Per qualsiasi altro tipo di intervento sanitario, infatti, è necessario cercare il consenso del paziente, per quanto possibile, e la sua decisione, che sia assenso o rifiuto, dovrà essere rispettata⁷⁹⁷: “in altre parole,(...) il suo dissenso in merito ad un intervento che non sia finalizzato al trattamento del suo disturbo mentale deve essere rispettato allo stesso modo di quello degli altri pazienti capaci di prestare un valido consenso”⁷⁹⁸.

Un ulteriore presupposto perché si possa procedere con questo tipo di trattamento è che questo sia necessario per evitare un *grave pregiudizio* per la salute del paziente (il report, al par. 54, fa l'esempio di persona con tendenza al suicidio, rimarcando il fatto che se il 'non-intervenire' non comporta seri

796 Cfr. *explanatory report*, par. 50.

797 Così anche l'*explanatory report*, par. 52. Non sembra aver inteso questa differenza, o comunque non le dà importanza Pariotti, in *Prospettive e condizioni*, cit., p. 563.

798 *Explanatory report*, par. 52. Nonostante questo, secondo quanto riportato nel report (par. 53), eventuali interventi contro la volontà del paziente con disturbo mentale, finalizzati a trattare malattie *fisiche* gravi, possono comunque trovare una copertura nella Convenzione, in base all'art. 6 o all'art.8.

rischi per il paziente, questo non può essere effettuato senza il suo consenso).

Sottolineiamo che si fa qui riferimento unicamente al rischio per la salute del paziente stesso: l'articolo non considera l'eventualità che la persona abbia, ad esempio, comportamento violento e metta in pericolo altre persone. Questi casi non sono comunque ignorati dalla Convenzione: sono previsti (seppur in modo meno esplicito) dall'art. 26, su cui *infra*.

Anche l'art. 7, insomma, va nella direzione tracciata dall'articolo precedente, cercando di distinguere il concetto di 'disturbo mentale' da quello di 'incapacità di prestare un valido consenso al trattamento sanitario'. Una maggior prevaricazione della volontà del paziente 'malato mentale' rispetto alle altre categorie di malati è qui prevista, ma si cerca di restringerne la portata, vincolandola alla necessaria sussistenza dei rigorosi presupposti appena analizzati (salvo la possibilità di far rientrare – magari con qualche forzatura? – ulteriori trattamenti contro la volontà del paziente nell'ambito di altri articoli, come abbiamo visto essere suggerito dalla relazione esplicativa, par. 53).

Il capitolo sul consenso, nella Convenzione, si completa con due ulteriori articoli, che trattano delle situazioni di urgenza (art. 8⁷⁹⁹) e delle direttive anticipate (art. 9⁸⁰⁰). L'articolo che è necessario analizzare per completare il quadro sui trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali è però il 26, di cui abbiamo già dato qualche accenno.

799 Articolo 8 – Situazioni di urgenza: “allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata”.

800 Articolo 9 – Desideri precedentemente espressi: “i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione”.

L'art. 26, rubricato “restrizione all'esercizio dei diritti”, dispone che “l'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella presente Convenzione non possono essere oggetto di altre restrizioni all'infuori di quelle che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla *sicurezza pubblica*, alla *prevenzione delle infrazioni penali*, alla protezione della *salute pubblica* o alla protezione dei *diritti e libertà altrui*.”

Le restrizioni di cui all'alinea precedente non possono essere applicate agli articoli 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 e 21”⁸⁰¹.

Il report chiarisce che è proprio questo articolo a permettere che un soggetto sia 'trattato' contro la sua volontà, al fine di tutelare non la propria salute o incolumità ma diritti e libertà altrui (par. 54). Come 'esempio tipico' viene portato il caso dell'isolamento di un soggetto portatore di una grave malattia infettiva, a protezione della salute pubblica. In questo articolo però, come visto, non è compresa solo la tutela della 'salute pubblica' (come l'opinione prevalente ritiene sia nel nostro ordinamento, in base all'art. 32 Cost.), ma anche la sicurezza pubblica, la prevenzione di crimini, la tutela di diritti e libertà di terzi.

Dal report si apprende che questo articolo si è ispirato all'art. 8, par. 2 della CEDU, il quale, trattando del “diritto al rispetto della vita privata e familiare” prevede tra i possibili limiti anche la “sicurezza nazionale”, il “benessere economico del Paese”, la “difesa dell'ordine”, la “protezione della morale”. E' stato scelto di non includere questi motivi tra quelli che potrebbero giustificare eccezioni alla Convenzione, proprio perché si è ritenuto “non opportuno” che l'esercizio di diritti

801 Per questi articoli la possibilità di restrizioni è esclusa, ed essi vanno quindi a costituire il “nucleo duro” della Convenzione: così Neri D., *La Convenzione europea di bioetica e la terapia genica*, in *Bioetica*, 4, 1998, p. 516, citato in Piciocchi, *La Convenzione di Oviedo*, cit., p. 1303.

fondamentali concernenti la salute fossero subordinati al benessere economico, all'ordine pubblico, alla morale o alla sicurezza nazionale⁸⁰².

Nel report si dice che “una persona che, a causa del suo disturbo mentale, potrebbe causare grave danno ad altri, può essere sottoposto a misure di isolamento o trattamento senza il suo consenso”, commentando che “qui, in aggiunta ai casi contemplati dall'art. 7, la restrizione può essere applicata per tutelare diritti e libertà di altre persone”. A seguire la lettera della norma, però, questo commento sembra limitativo: in realtà le restrizioni per fini di prevenzione dei reati e la sicurezza pubblica possono valere per qualsiasi tipo di TSO, quindi anche per quelli per 'malattie mentali'⁸⁰³.

Secondo la relazione esplicativa, comunque, le finalità indicate dall'art. 26 non potrebbero in nessun caso giustificare una totale esclusione dei diritti attribuiti dalla Convenzione, e le misure devono in ogni caso essere previste dalla legge e devono potersi ritenere “necessarie in una società democratica”, nonché rispettare i parametri di necessità, proporzionalità e sussidiarietà⁸⁰⁴.

4. Atti comunitari relativi alla salute mentale.

Vi sono alcuni atti comunitari che riguardano la salute mentale dei cittadini. Prendendo in considerazione i più recenti, analizziamo in particolare due risoluzioni del Parlamento Europeo (del 2006 e del 2009) e di un documento della Commissione dell'UE denominato “libro verde” (del 2005).

802 *Explanatory report*, par. 156.

803 Come riconosciuto, in effetti, anche nel par. 154 del report.

804 *Explanatory report*, par. 159.

4.1. Il “Libro verde” sulla salute mentale nell'UE.

Iniziamo dal Libro verde⁸⁰⁵, che precede cronologicamente le due risoluzioni. Esso nasce come risposta all'invito fatto alla Commissione Europea dalla Conferenza ministeriale europea dell'OMS sulla salute mentale, svoltasi nel gennaio 2005, la quale “ha definito un quadro per provvedimenti di ampia portata e ottenuto un fermo impegno politico a favore della salute mentale”⁸⁰⁶.

L'obiettivo che il Libro verde si propone è quello di “definire una strategia a favore della salute mentale per l'UE”, nonché creare un contesto per gli scambi e la cooperazione tra Stati membri, contribuire a migliorare la coerenza degli interventi nel settore sanitario e in quelli non sanitari, e promuovere la partecipazione di un'ampia gamma di interessati alla ricerca di soluzioni⁸⁰⁷.

Il Libro verde auspica anche che si avvii “un dibattito con le istituzioni europee, i governi, gli operatori sanitari, le parti interessate di altri settori, la società civile, comprese le organizzazioni di pazienti, e la comunità dei ricercatori, in merito all'importanza della salute mentale nell'UE, alla necessità di una strategia a livello di UE e alle sue eventuali priorità”.

Alcune iniziative proposte nel documento rientrano nella competenza comunitaria a norma dell'articolo 152 del trattato CE⁸⁰⁸; altre invece sono di esclusiva competenza degli Stati membri.

Esso parte dal presupposto che la situazione della salute mentale nell'Unione Europea debba essere migliorata, in quanto

805 La sigla che compare sul documento è “COM(2005) 484 definitivo”.

806 Così al par. 1 del Libro verde.

807 *Ibidem*.

808 Riportato *supra*.

- “un cittadino su quattro è affetto da patologie mentali, che possono portare al suicidio, causa di troppe morti⁸⁰⁹;
- le patologie mentali comportano perdite significative ed oneri per il sistema economico, sociale, educativo nonché giudiziario e penale;
- stigmatizzazioni, discriminazioni e il mancato rispetto dei diritti umani e della dignità delle persone affette da patologie mentali o handicap si verificano ancora, in contrasto con i valori europei fondamentali”.

Vediamo quindi che la volontà di migliorare la salute mentale dei cittadini UE è motivata, espressamente, sia dalla considerazione della salute mentale come valore in sé, sia come funzionale all'efficienza del sistema economico e sociale.

La visione funzionale è rafforzata dall'ampio spazio dedicato al calcolo dei costi sociali, di diverso genere, conseguenti alle patologie mentali nella popolazione, per cui ad esempio si sottolinea che “la salute fisica e quella psichica sono strettamente connesse. Una conseguenza: l'integrazione della salute mentale nell'assistenza sanitaria fornita dagli ospedali generali può abbreviare considerevolmente la durata dei ricoveri, risparmiando costi”. Inoltre, si calcola che “le patologie mentali costano all'UE il 3-4% circa del PIL, spesa dovuta principalmente alla perdita di produttività. I disturbi psichici sono una delle principali cause dei pensionamenti anticipati e delle pensioni d'invalidità” e che “i disturbi comportamentali nell'infanzia comportano costi per il sistema

809 “Si stima che più del 27% degli europei adulti una volta nella vita sia afflitto da almeno un tipo di patologia mentale. Nell'UE i tipi più comuni di patologie mentali sono i disturbi legati all'ansia e la depressione. Si prevede che entro il 2020 la depressione diventerà la causa di malattia più frequente nei paesi industrializzati. Attualmente nell'UE circa 58.000 cittadini muoiono ogni anno per suicidio, una cifra superiore al numero annuo di morti causate da incidenti stradali, omicidi o HIV/AIDS”. Libro verde, par. 3.

sociale, educativo nonché giudiziario e penale”.

Questa considerazione del malessere in funzione dei “costi” sembra in parte svalutare l'importanza del benessere degli individui in quanto tale, ledendo la loro dignità, e la regola per cui la persona non può mai essere *mezzo* per raggiungere un interesse collettivo⁸¹⁰.

Forse, però, questo modo di impostare il problema deriva da una tendenza più generale a calcolare in forma di 'costo' anche valori e disvalori in realtà non legati in alcun modo a valutazioni economiche,: ad esempio la Commissione afferma che “ulteriori *costi immateriali* riguardano il trattamento che la società riserva alle persone affette da patologie mentali o handicap. Nonostante le migliori possibilità di cura e gli sviluppi positivi nell'assistenza psichiatrica, le persone affette da patologie mentali o handicap subiscono ancora esclusione sociale, stigmatizzazioni, discriminazioni o il mancato rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”⁸¹¹. Può insomma esprimere più una modalità di espressione che una

810 Sono state avanzate alcune critiche al Libro verde sotto questo aspetto: ad esempio si è detto che in questo modo si adotta “una concezione ancillare e strumentale della salute mentale”, e che si deve riconoscere invece che “la salute mentale è un valore in sé che non può essere subordinato ad alcuna esigenza di ordine personale o di Stato o di produzione od altro, ma, viceversa, è un parametro al quale debbono essere subordinati tutti gli aspetti della vita personale e della collettività”. Così Digilio G. (Medico, membro del Comitato direttivo dell'UNASAM, Unione Nazionale Associazioni per la Salute Mentale), *Osservazioni sul Libro verde*, maggio 2006, reperibile all'indirizzo

http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/mental/green_pa_per/mentalgp_contributions_en.htm, pagina ufficiale nel sito dell'Unione Europea ove sono raccolti contributi ed osservazioni di Governi, ONG, fondazioni, università, case farmaceutiche, singoli cittadini, ecc. sul Libro verde.

811 Libro verde, par. 3 (corsivo mio).

consapevole scelta, pur comunque significativa di un certo modo di vedere le cose.

Nel Libro verde si affronta l'argomento delle politiche che dovrebbero attuarsi per incrementare la salute mentale dei cittadini UE, e la posizione assunta guarda molto più alla *prevenzione* che all'aspetto *curativo* (v. par. 6.1.2.), ed alla promozione dell'*inclusione sociale*. Si osserva ad esempio che “le persone affette da malattie psichiche o handicap suscitano negli altri timore e pregiudizi, spesso basati su stereotipi relativi ai disturbi psichici”, e che “le stigmatizzazioni accrescono la sofferenza personale, l'esclusione sociale e possono ostacolare l'accesso a un alloggio o all'occupazione. Tali pregiudizi possono persino impedire alle persone di cercare aiuto per timore di essere etichettate”.

Il Libro verde auspica addirittura in questo campo “un cambiamento radicale” (rispetto alla situazione di tutti i paesi dell'UE, i quali hanno situazioni anche diverse da quella italiana). Questo auspicato cambiamento consiste nella “*deistituzionalizzazione* dei servizi psichiatrici e l'istituzione di servizi in centri medici di base *locali* e negli ospedali generali, secondo le necessità dei pazienti e delle loro famiglie”⁸¹², per agevolare l'inclusione sociale. Rileva che i grandi ospedali psichiatrici possono facilmente contribuire alle stigmatizzazioni, e che “numerosi paesi si stanno allontanando da un trattamento terapeutico presso grandi istituti psichiatrici (che in alcuni nuovi Stati membri costituiscono ancora un'ampia percentuale dell'infrastruttura di tali servizi) verso servizi a livello locale. Tale evoluzione è accompagnata da una formazione dei pazienti, delle famiglie e del personale ai fini di una partecipazione attiva mediante strategie di *responsabilizzazione*”. Il documento sostiene la sostituzione dei grandi istituti con alternative a livello locale, ritenendo che ciò

812 Par. 6.2. del Libro verde (corsivi miei).

offra “la possibilità di una migliore qualità di vita per le persone con handicap”.

In merito ai trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali, la Commissione rileva che un recente studio⁸¹³ ha dimostrato che la normativa al riguardo è notevolmente eterogenea nei diversi paesi dell'UE. “Le attuali pratiche nel settore sono determinate anche da tradizioni culturali, atteggiamenti nonché dalla struttura e dalla qualità dei sistemi di assistenza medica per le malattie psichiche. Il tasso dei ricoveri obbligatori varia sensibilmente a seconda degli Stati membri”.

La posizione assunta dal Libro verde al riguardo è piuttosto netta: secondo il documento, “il ricovero obbligatorio in istituti psichiatrici e il trattamento effettuato contro la volontà dei pazienti *lede gravemente i loro diritti*”⁸¹⁴. E' un'affermazione forte, che rivela una valutazione nel complesso sicuramente negativa di questi trattamenti. Partendo da questo presupposto, il documento conclude che “vi si dovrebbe ricorrere solo in ultima istanza, qualora alternative meno restrittive si rivelino inefficaci”: affermazione che sottolinea certo la necessità di ridurre al minimo gli interventi obbligatori, anche se non si sbilancia nel porre parametri o condizioni limitative.

813 Project co-funded from the Community Health Monitoring Programme (1997-2002), implemented by Central Institute of Mental Health, Mannheim (2000-2002).

814 Par. 6.2. Libro verde (corsivo mio).

4.2. Le risoluzioni del Parlamento Europeo.

4.2.1. La Risoluzione n. 2058 del 2006.

La denominazione completa di questa risoluzione è “Risoluzione del Parlamento europeo sul miglioramento della salute mentale della popolazione. Verso una strategia sulla salute mentale per l'Unione europea (2006/2058(INI))”. Essa “rappresenta una tappa assai importante nel faticoso cammino per uniformare le disparate norme legislative che regolano questa materia nei Paesi dell'Unione, ed adeguarle, oltre che allo stato delle conoscenze, a principi di rispetto dei diritti umani (...). Si tratta cioè di un primo, necessario passo per sottrarre le persone con disturbo psichico-malattia mentale a quei processi di discriminazione e di esclusione sociale dettati dall'ignoranza e dal pregiudizio che molto spesso si concretano in pratiche vessatorie e crudeli quali l'abuso del ricovero coatto e la segregazione in strutture manicomiali più o meno mascherate”⁸¹⁵.

Come fondamento giuridico della competenza comunitaria in questo ambito, la risoluzione richiama gli artt. 2, 13 e 152 del Trattato CE⁸¹⁶, e “sottolinea la necessità di

815 Digilio G., *Verso una strategia per la salute mentale in Europa, obiettivi e difficoltà*, in *Ragioni socialiste*, n. 12, dicembre 2006.

816 Sull'art. 2 e 152 v. *supra*; l'art. 13 stabilisce che “1. Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. In deroga al paragrafo 1, il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 quando adotta misure di

riflettere sul miglior modo di avvalersi degli strumenti comunitari disponibili, quali il Settimo programma quadro per la ricerca, onde predisporre capacità atte ad assecondare la ricerca sulla salute mentale nell'Unione” (par. 5)

Nei 'considerando' vengono affrontati temi già trattati dal Libro verde, quali la diffusione delle patologie mentali⁸¹⁷, l'impatto di queste sull'economia europea⁸¹⁸, l'importanza di azioni preventive⁸¹⁹ e di inclusione a livello locale⁸²⁰, ed il

incentivazione comunitarie, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1”.

817 Considerando A: “in Europa una persona su quattro è affetta da patologie mentali gravi almeno una volta nel corso della vita”, e “nell'Unione europea le patologie mentali, in modo diretto o indiretto, interessano tutti e ogni anno 18,4 milioni di persone fra i 18 e i 65 anni sono colpiti da forme gravi di depressione”, e considerando D: “considerando che ogni anno nell'Unione europea circa 58.000 persone commettono suicidio; che tale cifra è superiore al numero annuo di decessi causati da incidenti stradali o dall'HIV/AIDS e che i tentativi di suicidio sono dieci volte superiori a tale cifra”.

818 Considerando A: “una cattiva salute mentale è fonte di spese, esclusione sociale e stigmatizzazione”; considerando C: “le patologie mentali comportano costi economici enormi, stimati attorno al 3-4% del PIL degli Stati membri dell'Unione europea”; considerando D: “le condizioni di salute mentale hanno già un impatto molto significativo sul piano economico, sanitario e sociale, impatto destinato a crescere con l'aumento del tasso d'incidenza, dati l'invecchiamento della popolazione e i mutamenti nella società”.

819 “Il valore aggiunto di una strategia comunitaria sulla salute mentale della popolazione europea si colloca soprattutto a livello della prevenzione” (considerando F).

820 Sottolinea a tal fine “la necessità di sostenere le cooperative formate da pazienti psichiatrici, e tutte le attività finalizzate all'inclusione di utenti ed ex pazienti, e di destinare risorse alla formazione del personale, che permettano l'acquisizione di una capacità di presa in carico globale dei bisogni del paziente

passaggio che si sta attuando nella maggior parte dei paesi dell'Unione “dal trattamento e dal ricovero a lungo termine verso l'assistenza in comunità”⁸²¹, rilevando però che “ciò è avvenuto senza una programmazione o finanziamenti adeguati dei servizi comunitari” (considerando Q).

In alcuni punti della risoluzione, si può notare un differente approccio rispetto al Libro verde: ad esempio la Risoluzione esprime la “necessità di impiegare con cautela termini quali 'cattiva salute mentale', 'disturbi mentali', 'malattia mentale grave' e 'disturbi della personalità’” (par. 9), dimostrando una particolare sensibilità, e la consapevolezza della delicatezza del momento diagnostico in psichiatria, nonché del problema della stigmatizzazione che segue all'etichettamento di un individuo come 'malato mentale'.

La risoluzione ritiene inoltre che nel Libro verde non sia stata affrontata in misura adeguata la questione di genere e pertanto “chiede che essa sia sistematicamente inserita nelle misure proposte per promuovere la salute mentale, nelle azioni preventive e nella ricerca, in cui gli studi sono stati finora insufficienti e inadeguati, tanto che i progressi ottenuti nella prevenzione e nella cura di queste malattie sono notevolmente meno rilevanti che in altre”⁸²² (par. 2).

psichiatrico” (par. 38).

821 La risoluzione vede con favore la deistituzionalizzazione in corso in molti paesi, rilevando che “il ricovero a lungo termine in istituti psichiatrici può portare al prolungamento e all'aggravarsi della patologia psichica e al rafforzamento della stigmatizzazione e dell'emarginazione sociale” (par. 44).

822 Poiché “uomini e donne possono avere necessità diverse in materia di salute mentale”; chiede in particolare “di aumentare l'attività di ricerca soprattutto sul legame fra ricovero forzato e autolesionismo fra le donne, nonché sulla maggiore prescrizione di psicofarmaci a queste ultime” (punto 16). Inoltre “le donne si rivolgono ai servizi, in cerca di aiuto, in misura maggiore rispetto agli uomini e ricevono prescrizioni di psicofarmaci in misura doppia

Per quanto riguarda le cure psichiatriche in generale, ed i trattamenti obbligatori e coattivi in particolare, la risoluzione prende una posizione piuttosto chiara. In generale, sottolinea che le persone colpite da patologie mentali devono essere “curate e assistite con dignità e umanità e che i servizi di cura e di assistenza medica devono essere efficaci, di elevata qualità, accessibili a tutti e che deve esserne assicurato il carattere universalistico” (par. 32).

Inoltre, afferma che il diritto delle persone “*a essere curate o a non essere curate*” dovrebbe essere chiaramente inteso⁸²³, e sottolinea l'importanza della partecipazione dei pazienti (“nella misura del possibile”) alle decisioni sulle proprie cure; inoltre, i pazienti dovrebbero essere ascoltati collettivamente per quanto riguarda i servizi (par. 32).

Per quanto riguarda il ricorso all'uso della forza, la risoluzione ritiene che “sia *controproducente*, così come la somministrazione coatta di farmaci”⁸²⁴. Afferma quindi che “qualsiasi forma di ricovero in strutture con posti letto e di somministrazione coatta di farmaci debba essere limitata nel tempo e, nella misura del possibile, essere regolarmente riveduta ed effettuata con il consenso del paziente o, in assenza di quello, in ultima istanza, con la convalida di un'autorità civile”.

Sull'uso, in particolare, della *contenzione fisica*, la risoluzione afferma doversi *evitare* “qualsiasi forma di restrizione della libertà personale, in particolar modo le contenzioni, per le quali sono necessari un monitoraggio, un controllo e una vigilanza delle istituzioni democratiche, a

rispetto ad essi; che studi di farmacocinetica evidenziano nelle donne una minore tolleranza a tali prodotti” (considerando L).

823 Con questo sembra intendersi che il principio deve essere quello della libertà di scelta; ma effettivamente l'affermazione è in un certo senso 'sibillina'.

824 Par. 33, corsivo mio.

garanzia dei diritti della persona e per limitare eventuali abusi” (par. 34). Se intesa in senso letterale, cioè che effettivamente si debba evitare (ovvero, non fare *mai* ricorso) alla contenzione, questa è una affermazione notevolmente innovativa e anche, direi, in controtendenza (si vedano ad esempio *infra* le affermazioni del Consiglio d'Europa in merito). E' però probabile che il termine *evitare* non sia stato utilizzato con piena consapevolezza, se si osserva che nella stessa disposizione si parla anche di 'monitorare' la situazione per “limitare eventuali abusi” nell'uso della contenzione⁸²⁵.

Il Parlamento Europeo entra anche – parzialmente – nel merito di alcune scelte mediche. In particolare esprime sfavore verso un eccessivo uso degli psicofarmaci, soprattutto quando questo riveli un approccio meramente 'farmacologico' al problema psichico, che ignori che “alla base dei disturbi mentali possono esservi cause biologiche, sociali, emotive o storiche che vanno affrontate affinché altri approcci possano dare risultati”, ed anche ritenendo, in ogni caso, che “alcuni farmaci psichiatrici possono di fatto *peggiorare* la condizione biologica di base”.

Importante presa di posizione è quella per cui si deplora la “crescente medicalizzazione e patologizzazione di determinate fasi della vita senza una ricerca esaustiva della cause” (par. 48); questa affermazione credo sia da leggere come idealmente collegata alla richiesta di impiegare con cautela termini quali 'cattiva salute mentale', 'disturbi mentali', 'malattia mentale grave' e 'disturbi della personalità' (par. 9) vista *supra*.

Sempre in merito ai trattamenti psichiatrici, ed in linea con quanto visto finora, la Risoluzione sottolinea che il termine 'trattamento' va inteso in senso lato, nel senso che occorre

825 A meno che non si voglia intendere con il termine *abuso* il mero *uso* della contenzione.

“privilegiare la comprensione dei *fattori sociali e ambientali*⁸²⁶ e la loro eliminazione, *ricorrendo solo in ultima istanza alla somministrazione di farmaci*, soprattutto nel caso dei bambini e degli adolescenti” (par. 48). Comunque, ove vi sia uso di medicinali, ribadisce che gli effetti collaterali di quelli eventualmente prescritti dovrebbero essere ridotti al minimo, e “dovrebbero essere fornite informazioni e consigli alle persone che desiderino interrompere la cura in modo sicuro” (par. 32). E' risaputo infatti che l'uso di psicofarmaci comporta spesso effetti collaterali anche molto pesanti, e crea dipendenza; l'interruzione della 'cura' può essere perciò molto difficile, sia come scelta da intraprendere che nella sua esecuzione. E' necessario quindi un supporto competente, che accompagni chi voglia provare a terminare una cura con psicofarmaci.

Coerentemente, la Risoluzione richiede anche che, nel settore della ricerca psichiatrica, la ricerca non sia limitata solo ai farmaci, ma sia orientata anche a studi epidemiologici, psicologici ed economici sulla comunità nonché sui determinanti sociali delle malattie mentali; chiede inoltre che vi sia spazio per una “maggiore partecipazione degli utenti dei servizi a tutti gli aspetti della ricerca sulle malattie mentali”. (par. 52).

Per concludere, invita la Commissione a far seguire al Libro verde l'elaborazione di una direttiva sulla salute mentale in Europa e sulla difesa e il rispetto dei diritti civili e dei diritti fondamentali delle persone affette da disturbi mentali (par. 59). Questa direttiva non ha visto la luce; vi è stata invece una seconda risoluzione del Parlamento Europeo in argomento, che andiamo ora ad analizzare.

826 Nonché “di fattori quali il *vissuto personale*, la *famiglia*, il *sostegno sociale* e le *condizioni di vita e di lavoro*, che hanno un ruolo nella malattia mentale, nonché di *fattori genetici*” (par. 48. Corsivi miei).

4.2.2. La Risoluzione n. 2209 del 2009.

Questa seconda risoluzione sulla salute mentale⁸²⁷ riprende in buona parte la precedente. Si differenzia da essa sotto qualche aspetto, a cominciare dalla struttura. E' infatti strutturata per problemi e settori di intervento, che vengono affrontati separatamente dopo una prima parte 'generale'. I settori sono: prevenzione della depressione e del suicidio; salute mentale tra i giovani e nell'ambito dell'istruzione; salute mentale sul luogo di lavoro; salute mentale degli anziani; lotta alla stigmatizzazione e all'esclusione sociale.

Essendo le due risoluzioni in buona parte omogenee, si darà qui conto solo di quegli aspetti della seconda che si differenziano dalla precedente.

In primo luogo, qui si richiede esplicitamente che vengano utilizzati fondi dell'Unione (specificamente i finanziamenti disponibili nell'ambito del “Settimo programma quadro”) perché le proposte della risoluzione abbiano modo di essere attuate, e per far sì che non rimangano solo 'buone intenzioni' sulla carta⁸²⁸.

In particolare auspica che questi fondi vengano utilizzati “per effettuare un maggior numero di ricerche nel settore della salute mentale e del benessere, nonché dell'interazione tra i disturbi della salute mentale e i problemi di salute fisica”, e si chiede agli Stati membri “di esaminare i finanziamenti previsti per le iniziative in materia di salute mentale a titolo del Fondo

827 Risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 sulla salute mentale (2008/2209(INI))

828 Par. 7 della risoluzione del 2009. La risoluzione del 2006 accennava soltanto al problema della copertura finanziaria, sottolineando “la necessità di *riflettere* sul miglior modo di avvalersi degli strumenti comunitari disponibili, quali il Settimo programma quadro per la ricerca, onde predisporre capacità atte ad assecondare la ricerca sulla salute mentale nell'Unione” (par. 5, corsivo mio).

sociale europeo e del Fondo europeo di sviluppo regionale”.

In secondo luogo, vi è una maggiore attenzione nel proporre soluzioni specifiche per ogni settore in cui è suddiviso il testo⁸²⁹, che nella precedente erano per lo più solo accennate.

Per quanto riguarda l'uso dei farmaci, anche qui vi sono esortazioni a che i farmaci non siano l'unica forma di terapia⁸³⁰ e a ridurre gli effetti collaterali⁸³¹; inoltre si considera il “facile accesso ai farmaci”, così come quello alle droghe, alle sostanze chimiche pericolose, e l'abuso di alcol come “fattore di rischio di suicidio” (par. 21). Nel complesso però la risoluzione del 2006 sembrava avere più a cuore questo argomento.

Anche per quanto riguarda la coazione fisica e i trattamenti obbligatori si nota un'attenzione al tema leggermente minore. Esso viene comunque affrontato ma in modo assai più sbrigativo che nella precedente: si afferma infatti, nel settore “lotta alla stigmatizzazione e all'esclusione sociale” che “destigmatizzare la malattia mentale [significa] abbandonare l'uso di pratiche invasive e inumane come anche le pratiche basate sull'approccio detentivo”. Rispetto alle prese di posizione della risoluzione precedente, qui il PE, oltre a dedicare minor spazio alla questione, sembra mantenere un certo spazio di ambiguità: l'approccio detentivo è criticato non

829 Per fare un esempio, relativamente alla salute mentale sul luogo di lavoro si invitano gli Stati membri ad assicurarsi “che le persone che hanno diritto a indennità per malattie o disabilità causate da problemi di salute mentale non siano private del loro diritto di accesso al lavoro e che non perdano le indennità legate alla loro disabilità/malattia non appena trovano un nuovo lavoro” (par. 37).

830 Si incoraggia ad esempio un approccio olistico, “che tenga conto del profilo complessivo degli individui dal punto di vista della salute fisica e mentale” (par. 12).

831 Si chiede alla Commissione di “cercare e registrare le esperienze dei pazienti riguardo agli effetti collaterali dei trattamenti in base agli orientamenti dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA)” (par. 14).

in quanto tale, ma in quanto causa di stigma sociale; ed anche nella formulazione della frase sembra esserci una certa vaghezza. E' anche vero però che la precedente risoluzione parlava di *limitare i tempi* dei ricoveri forzosi, ed usava il termine *evitare* solo per quanto riguardava la contenzione fisica. Qui invece si parla di *abbandonare tout court* le “pratiche basate sull'approccio detentivo”: espressione non certo chiarissima ma in cui potrebbero essere ricomprese, insieme alla coazione fisica, anche i ricoveri obbligatori in generale. Se fosse da intendere così (cosa di cui dubito), questa affermazione della risoluzione del 2009 sarebbe allora molto più radicale della precedente, ed anzi *rivoluzionaria*: sarebbe assolutamente sorprendente sentir dire – quantomeno a livello istituzionale – che i ricoveri obbligatori vanno abbandonati *totalmente*.

5. Atti del Consiglio d'Europa.

Vi sono due documenti formulati in seno al consiglio d'Europa che riguardano i trattamenti psichiatrici: un 'Libro bianco', nel 2000, ed una raccomandazione del Comitato dei Ministri, nel 2004.

5.1. Il 'Libro bianco'.

Il “Libro bianco sulla protezione dei diritti umani e la dignità delle persone affette da disturbi mentali, con particolare riguardo a quelle poste come pazienti involontari in un istituto psichiatrico”⁸³² è un documento (pubblicato il 3 gennaio 2000) preparato

832 Ho qui seguito la traduzione (non ufficiale) fatta dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento “*Il trattamento dei pazienti psichiatrici: problemi bioetici*”, reperibile all'indirizzo

da un gruppo di lavoro⁸³³ del Comitato direttivo sulla Bioetica del Consiglio d'Europa (*Steering Committee on Bioethics – CDBI*), con l'intenzione di delineare linee guida da includere in un nuovo strumento legale del Consiglio d'Europa.

Il CDBI specifica che si tratta solamente del “risultato del lavoro di un gruppo di esperti”, e che non necessariamente riflette al posizione definitiva del CDBI né degli Stati membri sull'argomento. Esso nasce come risposta alla Risoluzione 1235 (1994) su “psichiatria e diritti umani” dell'Assemblea Parlamentare del COE, che sollecitava il Comitato dei Ministri ad adottare una nuova Raccomandazione in materia, basata sui principi delineati dalla risoluzione parlamentare.

Questo Libro bianco è stato un modo per iniziare una riflessione ed aprire una consultazione su diverse problematiche. Il documento è infatti composto da alcune riflessioni del CDBI-PH in merito ai ricoveri 'involontari', cioè ai ricoveri obbligatori, strutturate per punti (ad esempio quali siano le categorie da includersi nel concetto di malattia mentale, quali siano le procedure che possono portare alla decisione sottoporre una persona a trattamento sanitario obbligatorio, come vadano valutati trattamenti molto 'discussi' come elettroshock e psicochirurgia, ...); in alcuni casi il CDBI-PH non giunge neppure ad una conclusione definitiva, e sempre conclude aprendo alla discussione. Al termine di ogni capitolo vengono infatti poste alcune domande, rivolte ad organismi consultivi nazionali dei singoli Stati membri perché contribuiscano al dibattito facendo pervenire il loro parere in merito⁸³⁴.

<http://www.governo.it/bioetica/pdf/39.pdf> (ultimo accesso in data 9.7.2009).

833 *Working Party on Psychiatry and Human Rights* (CDBI-PH).

834 In Italia è stato il Comitato Nazionale di Bioetica a partecipare alla consultazione. Il suo contributo è consultabile nel documento “*Il trattamento dei pazienti psichiatrici: problemi bioetici*”, cit.

Si tratta di un documento piuttosto approfondito, poiché affronta i diversi problemi posti dai TSO psichiatrici in maniera dettagliata. Per maggiori approfondimenti rimando al documento stesso; qui può essere utile riportare alcune delle opinioni espresse, quelle su cui il CDBI-PH si è espresso in modo chiaro, e da cui possono ricavarsi dei principi generali.

In particolare segnalo l'adesione del CDBI-PH a quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza Winterwerp (su cui *supra*), riguardo al fatto che l'art. 5.1. della CEDU non può in nessun caso legittimare la detenzione di una persona “per il solo fatto che le sue idee o la sua condotta si scostino dalle regole che predominano in una determinata società”. Analogamente, il Comitato ritiene che i ricoveri obbligatori non vadano in nessun caso utilizzati a fini politici (paragrafi 2.2. e 2.4.).

Un'altra presa di posizione di livello generale è quella per cui, secondo il CDBI-PH, bisogna tenere ben ferma la distinzione tra *ricovero* obbligatorio (*involuntary placement*) e *trattamento* obbligatorio (*involuntary treatment*), per cui il fatto che una persona subisca un ricovero coatto di per sé non autorizza a che possa essere sottoposta a trattamento contro la sua volontà, e viceversa, il trattamento obbligatorio non postula necessariamente un ricovero obbligatorio (par. 3).

Per quanto riguarda un aspetto fondamentale, cioè i criteri in presenza dei quali può essere legittimo un trattamento obbligatorio (che come vedremo nella normativa italiana è poco chiaro e comunque molto dibattuto), il CDBI-PH (par. 3) ritiene necessario che:

a) sia accertata la sussistenza di un *mental disorder*, oppure deve “essere necessario [*required*] un accertamento per determinarne la sussistenza”;

b) “questo *mental disorder* [costituisca] un grave pericolo per la persona interessata (anche per la propria salute) e/o un grave pericolo per altre persone (semprechè il ricovero o il trattamento od entrambi vadano anche a probabile beneficio

[*are likely to be beneficial*] della persona interessata)”;

c) la persona, che sia o meno capace di prestare un valido consenso, non consenta al ricovero o al trattamento;

d) non vi sia disponibilità di mezzi per dare al paziente cure appropriate e meno restrittive (come *day hospitalization, effective psychosocial treatments, social welfare assistance*), anche se si sottolinea che “gli Stati membri dovrebbero assicurare che siano previste misure per rendere le alternative al ricovero il più disponibili possibile”, e domanda se “la legislazione dovrebbe specificare alcune alternative che dovrebbero essere sempre disponibili”⁸³⁵.

Il trattamento non deve essere standard, ma sempre adattato alle esigenze del paziente; in particolare dev'essere adeguato al suo stato di salute e si deve tendere a somministrare il prima possibile un trattamento che sia accettato dal paziente (par. 6.5).

Per quanto riguarda la procedura, il paziente deve essere visitato da uno psichiatra o da un medico avente adeguati requisiti ed esperienza; la decisione di ricovero o trattamento dovrebbe essere presa da una “*relevant independent authority*”, intendendosi con quest'espressione anche un “medico a ciò autorizzato”, un “*social worker*” od un direttore di ospedale (*hospital manager*). Non dovrebbe insomma essere

835 Sul punto, riporto la critica formulata dall'ENUSP, European Network of (ex-)Users and Survivors of Psychiatry, che così argomenta: “We also find it unacceptable that in the White Paper it is legitimated that insufficient possibilities in a country or a region of help and treatment may justify the use of involuntary placement (point 3, d.). We are concerned about this, as the use of compulsion must never be due to lack of necessary services offered from society. Sufficient alternative offers must be aimed at, thus avoiding the use of involuntary measures as much as it may possibly be done”, in *Statement to the White Paper*, reperibile all'indirizzo <http://www.enusp.org/>. (Ultimo accesso in data 10.7.2009).

necessariamente una *court* (un tribunale) né un *court-like body*: condizione necessaria e sufficiente sarebbe che si tratti di un corpo od un'autorità indipendente, nel senso che la sua decisione non deve subire pressioni da alcun tipo di istituzione.

Contenzione ed isolamento (par. 11.5 e 11.6) sono misure ammesse. Per quando riguarda il loro uso *per brevi periodi di tempo*, è necessario valutare il rapporto costi/benefici della misura che si intende usare, e, quando usati, devono essere considerati “parte del trattamento”.

Anche isolamento e contenzione *per prolungati periodi di tempo* sono ammessi: dovrebbero però essere utilizzati solo in casi eccezionali, ove non vi sia altro modo di intervenire, e sotto supervisione di un medico.

Un ultimo accenno in merito alla sterilizzazione permanente: questa “in casi assolutamente eccezionali” può essere effettuata contro la volontà della persona. In ogni caso l'intervento dovrebbe essere effettuato nel *best interest* dell'individuo, ci dovrebbe essere il controllo di un tribunale, ed il *mero* fatto di soffrire di *mental disorder* non è ragione sufficiente per la sterilizzazione permanente coatta⁸³⁶ (par. 11.7).

5.2. La Raccomandazione 10 (2004) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

Dopo alcuni anni, nel 2004, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha effettivamente emanato una

836 *Ibidem*: “We are totally unable to understand why the Working Party behind the White Paper is considering that in exceptional cases the possibility of permanent infringement of an individual's capacity to procreate (point 11. 7) should exist. Compulsory sterilisation is a thing of the past, already abolished in many countries. Ideas about eugenics should not be reintroduced by the Council of Europe”.

Raccomandazione, la 10 (2004), “sulla tutela dei diritti umani e la dignità delle persone affette da disturbo mentale”.

Essa sotto alcuni aspetti riprende quanto sostenuto dal Libro bianco, mentre sotto altri se ne allontana. Esamineremo qui solamente questi ultimi, per il resto rimandando a quanto visto *supra*, riguardo al Libro bianco, al par. precedente. Sul contenuto specifico di alcuni articoli particolarmente significativi ci sarà del resto occasione di tornare più avanti: qui daremo solamente qualche riferimento.

In particolare, per quanto riguarda il ricovero obbligatorio, nella Raccomandazione non si parla di “probabile beneficio del ricovero” alla persona interessata, come fa invece il Libro bianco; si afferma invece che il ricovero deve avere “scopo terapeutico⁸³⁷” (art. 17.1.iii). Il termine usato è evidentemente diverso; anche se non necessariamente il contenuto cambia, sicuramente è connotato da sfumature diverse.

Vengono inoltre specificati meglio i parametri in base ai quali valutare la legittimità di ricoveri e trattamenti obbligatori (artt. 17, 18, 19), le procedure necessarie per disporlo (art. 20), compreso in caso di emergenza (art. 21), nonché il diritto a chiedere una revisione della decisione ed il diritto di appello.

Gli artt. 22 e 23 disciplinano il diritto dei pazienti ad essere prontamente informati “dei loro diritti e dei rimedi disponibili”, nonché di comunicare e ricevere visite con avvocati, rappresentanti ed “any appropriate authority”: il diritto di comunicare con questi ultimi deve essere garantito. Ove invece si tratti di altre persone (compreso il *personal advocate*⁸³⁸) tale diritto può invece essere limitato, sempre che

837 All'art. 2.3 si precisa che “‘therapeutic purposes’ includes prevention, diagnosis, control or cure of the disorder, and rehabilitation”.

838 Definito come “person helping to promote the interests of a person with mental disorder and who can provide moral support to that person in situations in which the person feels vulnerable” (art.2).

il limite non sia irragionevole. Il diritto di ricevere visite può essere invece 'ragionevolmente' limitato, senza distinzioni.

Per quanto riguarda contenzione ed isolamento, l'art. 11 prevede che lo staff professionale dei servizi di salute mentale “should receive appropriate training on: [...] measures to *avoid* the use of restraint or seclusion; the limited circumstances in which different methods of restraint or seclusion may be justified, taking into account the benefits and risks entailed, and the correct application of such measures”; l'art. 27 prevede altresì una serie di regole per il caso in cui si faccia ricorso a queste misure. Le più rilevanti sono “che venga rispettato il principio della minor restrizione possibile [*principle of least restriction*]”; che contenzione ed isolamento vengano utilizzate per prevenire “un danno imminente alla persona interessata o ad altri”; che siano proporzionate al rischio temuto. Si specifica però che “questo articolo non si applica a *contenzioni momentanee*”.

La Raccomandazione, entrando parzialmente nel merito dei trattamenti, stabilisce particolari regole per alcuni di essi (art. 28): anzitutto per quelli che, pur non intendendo procurare un “effetto fisico irreversibile”, sono comunque particolarmente invasivi. Questi dovranno essere soggetti a “valutazione etica” e la persona (o, se il paziente è incapace, un tribunale) dovrà consentire al loro utilizzo, *salvo i casi di emergenza*. Per quanto riguarda, invece, i trattamenti che comportano effetti fisici irreversibili, questi dovranno essere eccezionali⁸³⁹ e la persona dovrà comunque consentirvi, con consenso libero, informato e reso in forma scritta⁸⁴⁰. E' inoltre necessario attenersi al principio della *least restriction* (probabilmente qui inteso come criterio del “minimo mezzo”, poiché – se fosse da intendersi

839 Il loro uso “should be exceptional, and should not be used in the context of involuntary placement”.

840 La Raccomandazione non prevede una disciplina particolare per il caso in cui la persona sia ritenuta incapace di consentire.

come nel campo della contenzione, ove esprime la necessità di usare la minor restrizione di libertà possibile – contrasterebbe con l'asserita assoluta necessità di un consenso informato della persona).

Per finire, anche qui non si preclude la strada della sterilizzazione coatta: ci si limita a dire che la *mera* presenza di *mental disorder* non può giustificare la sterilizzazione permanente obbligatoria, né la interruzione obbligatoria di gravidanza (artt. 30 e 31).

CAPITOLO III

LA COAZIONE TERAPEUTICA IN ITALIA: IL QUADRO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Le norme costituzionali di riferimento per i trattamenti sanitari obbligatori. - 2. L'art. 13. La nozione di libertà personale. - 2.1. La libertà personale come libertà fisica contro arbitrarie misure coercitive. - 2.2. Libertà personale come libertà da misure degradanti della dignità sociale. - 2.3. La libertà personale come libertà morale oltre che fisica. - 2.4. La libertà personale come diritto all'integrità psicofisica. - 2.5. La giurisprudenza costituzionale. - 2.5.1. Il criterio della libertà da costrizioni fisiche senza l'intervento dell'autorità giudiziaria. - 2.5.2. Il criterio della lieve entità dell'atto coercitivo. - 2.5.3. Il criterio della degradazione giuridica dell'individuo. - 2.5.4. Il criterio della libertà morale. - 2.5.5. Alcune osservazioni conclusive. - 3. L'art. 32. La libertà di salute. - 3.1. Caratteristiche del diritto alla salute. - 3.2. Il concetto di salute. - 3.3. Il fondamento e la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32 secondo comma. - 3.3.1. Il principio della volontarietà dei trattamenti. - 3.3.2. La necessità di una previsione legislativa espressa. - 3.3.3. La riserva di legge: assoluta o relativa? - 3.3.4. La riserva di legge: statale o anche regionale? - 3.3.5. Il contenuto della disposizione di legge: la possibilità di imporre solo specifici trattamenti. - 3.3.6. Il concetto di 'trattamento sanitario'. - 3.3.7. Il limite del rispetto della persona umana, ed alcuni conseguenti parametri di legittimità costituzionale della legge che imponga trattamenti sanitari obbligatori. - 3.4. Le finalità legittime del trattamento sanitario obbligatorio. - 3.4.1. Teorie a confronto. - 3.4.2. La giurisprudenza costituzionale. - 3.4.3. Il punto sulle posizioni di dottrina e Corte Costituzionale. Alcune riflessioni. - 4. L'art. 32 e 13: I rapporti tra le norme costituzionali. Indipendenza o stretto collegamento? - 4.1. La tesi per l'indipendenza dei due articoli . - 4.2. La tesi della

sovrapposizione delle garanzie ex art. 13 e art. 32. - 4.2.1. La tesi dell'art. 13 come norma "servente". - 4.2.2. Le posizioni di chi non accoglie la teoria dell'art. 13 come norma "servente". - 4.3. La giurisprudenza costituzionale. - 4.3.1. La sentenza 74 del 1968. - 4.3.2. Ulteriori pronunce relative a trattamenti sanitari obbligatori. - 4.3.3. Pronunce relative a prelievi ematici coattivi e accertamenti tecnici sulla persona.

1. Le norme costituzionali di riferimento per i trattamenti sanitari obbligatori.

Nell'affrontare pressoché qualsiasi tema in cui siano in gioco problemi di libertà e diritti costituzionalmente tutelati, un punto che si pone subito all'attenzione è la portata da attribuirsi ai diversi diritti, ed il loro coordinamento. Anche il tema che si vuole affrontare, quello dei *trattamenti sanitari obbligatori* in Italia, coinvolge svariati diritti e libertà, ed in particolare il diritto alla salute e il diritto alla libertà personale, enunciati rispettivamente dall'art. 32 e dall'art. 13 Cost.

Per questo motivo, prima di affrontare il tema, con particolare riguardo al campo dei TSO per 'malati mentali', appare necessario cercare di definire la portata di questi due fondamentali articoli ed il loro coordinamento. Questo anche nel tentativo di ricavare una guida che possa aiutare nella ricostruzione di una disciplina in cui le posizioni bisognose di tutela sono tante, talvolta con esigenze che appaiono contrastanti, ed in cui la disciplina legislativa appare in più punti difficile da interpretare, probabilmente proprio a causa della natura della materia, così difficilmente inquadrabile in previsioni legislative cristallizzanti ed univoche.

In primo luogo, si deve capire quale o quali siano gli articoli costituzionali che 'coprono' la disciplina dei TSO, ai quali quindi bisogna far riferimento per definire garanzie, procedure e modalità degli stessi; ciò anche per avere un parametro ben definito in base al quale valutare la

costituzionalità della disciplina legislativa, o comunque darne un'interpretazione conforme a Costituzione.

Per far questo bisogna dar conto delle principali teorie che la dottrina ha sviluppato sul punto ed analizzare la posizione che è stata assunta dalla Corte Costituzionale. Si può subito affermare che, sotto un certo profilo, la questione non pare essere ormai più molto controversa, essendosi raggiunta su alcuni punti una convergenza della prevalente dottrina e uno stabile orientamento giurisprudenziale. Risulta pacifico, infatti, che i trattamenti sanitari obbligatori in generale siano “una *species* nell'ambito del *genus* delle 'prestazioni personali imposte' previste dall'art. 23”⁸⁴¹, che per la delicatezza della materia, sono soggette “a maggiore e qualificata tutela”⁸⁴².

L'articolo 23 Cost. infatti offre una tutela – da prestazioni personali e patrimoniali imposte – che è ben più debole rispetto a quella offerta da altri diritti di libertà: pone una semplice riserva di legge. In altri termini l'art. 23 prevede che la persona sia libera dal vedersi imposta una particolare prestazione personale o patrimoniale solo nei limiti in cui il legislatore non ritenga di imporla (seppur nel rispetto dei molteplici limiti costituzionali)⁸⁴³.

Nel caso in cui però la prestazione imposta sia un trattamento sanitario, entra in gioco l'art. 32: “quando lo Stato voglia imporre non una qualsivoglia prestazione personale, ma quella che assume il carattere di trattamento sanitario, può farlo solo nel rispetto delle maggiori garanzie (determinatezza del trattamento, sussistenza di un interesse della collettività alla salute, riserva assoluta di legge, rispetto della persona umana)

841 Art. 23 Cost.: “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

842 Così Morana D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, pp. 131 e 185.

843 Morana D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*. Milano, 2007, pp. 277 ss.

previste dall'art. 32 Cost.”⁸⁴⁴. Questo perché l'articolo 32 tutela (anche) l'esercizio di una libertà: la cd. *libertà di salute*⁸⁴⁵, che può concretarsi anche in un comportamento di inerzia: il non curarsi⁸⁴⁶. L' “obbligo di prestazione, proprio perché costituisce un limite a questo momento negativo del godimento del diritto, può essere 'imposto' solo seguendo le garanzie previste per la specifica libertà coinvolta”⁸⁴⁷.

Questo ovviamente solo nel caso in cui si sia in presenza di un *reale* trattamento sanitario (per un approfondimento su cosa debba intendersi con l'espressione 'trattamento sanitario' si veda *infra*), e non di una qualsivoglia misura imposta dal legislatore che abbia come finalità la tutela della salute, pur senza concretare una restrizione della libertà di salute (come ad esempio il divieto di fumare nei locali chiusi aperti al pubblico, previsto dalla l. 3/2003, che si giustifica ai sensi dell'art. 32 primo comma)⁸⁴⁸.

Per quanto riguarda invece i rapporti tra articolo 32 e articolo 13, il dibattito dottrinale è più acceso. Da un lato, infatti, le risposte cambiano in conseguenza di quale si ritenga essere il contenuto della “libertà personale” dichiarata inviolabile dall'articolo 13, contenuto che viene interpretato in modi anche molto differenti. In sintesi, l'art. 13 entrerà in gioco tutte le volte in cui si ha una limitazione della libertà personale:

844 Morana D., *La salute nella Costituzione italiana*. cit., pp. 128 ss. e Morana D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte*. cit., pp. 254 ss.

845 La configurabilità di una *libertà di salute* non è però del tutto pacifica: v. ad es. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, p. 95 e n. 70.

846 Si tornerà su questo aspetto *infra*, al par. 3.

847 Morana D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte*, cit., p. 254.

848 Così Morana, *ibidem*, p. 255 ss. e C. Cost. 361/2003, 59/2006 e 63/2006).

dunque più si considera ampia la nozione di libertà personale, più sarà vasto l'ambito di applicazione di questa norma, anche in relazione ai trattamenti sanitari obbligatori. D'altro lato, vi è chi parte da un presupposto diverso, negando in radice la sovrapposibilità dei due articoli.

Prima di approfondire però il tema dei *rapporti* e del *coordinamento* tra i due articoli, iniziamo a chiarire quale è, nell'interpretazione che ne è stata data da dottrina e giurisprudenza costituzionale, il *contenuto* e la portata di ognuno di essi.

2. L'art. 13. La nozione di libertà personale.

L'art. 13 è stato al centro di notevole dibattito. Cerchiamo qui di capire a che cosa si riferisce la norma quando dispone che “La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. (...)”⁸⁴⁹. In particolare, come si deve interpretare l'espressione “qualsiasi altra restrizione”?

Anzitutto, qualche cenno va fatto sul valore del diritto alla libertà personale all'interno del quadro costituzionale: esso è, utilizzando le parole della Corte Costituzionale⁸⁵⁰, “un diritto inviolabile (...) rientrante tra i valori supremi, quale *indefettibile nucleo essenziale dell'individuo*, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la *matrice prima di ogni altro*

849 Più avanti approfondiremo invece il problema relativo al c.d. 'vuoto di fini' dell'art. 13.

850 Corte Cost., 9 luglio 1996 (ud. 27 giugno), n. 238, in *Giur. Cost.*, 1996, 2142 ss., annotata da Nappi, Ruotolo e Dolso (rispettivamente alle pp. 2150, 2151 e 3221).

diritto, costituzionalmente protetto, della persona”⁸⁵¹.

In secondo luogo, è da ricordare come l'art. 13 tuteli la libertà personale di tutte le persone *in quanto esseri umani*, senza distinzione tra stranieri e cittadini. Possiamo anche qui adottare le parole della Corte: “Né potrebbe dirsi che le garanzie dell'art. 13 Cost. subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. (...) non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”⁸⁵².

2.1. La libertà personale come libertà fisica contro arbitrarie misure coercitive.

Per quanto riguarda la nozione di libertà personale, si sono proposte diverse interpretazioni. Si può cercare di raggrupparle in ‘gruppi’, per darne una visione schematica più chiara; bisogna tenere in conto però che ogni interpretazione proposta ha proprie peculiarità, che può non condividere con altre pur astrattamente riconducibili allo stesso ‘gruppo’.

Una prima interpretazione è quella secondo cui per libertà personale l'art. 13 intende tutelare la libertà *fisica* dalla coercizione. Questa tesi è condivisa, almeno come ‘nucleo essenziale’, dalla prevalente dottrina e tendenzialmente anche dalla giurisprudenza costituzionale, seppur non uniforme.

Argomenta autorevolmente in tal senso PACE, il quale individua nell'art. 23 Cost. la tutela della libertà *individuale*, che

851 Corsivi miei.

852 Corte Cost., 10 aprile 2001 (ud. 22 marzo), n. 105, in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 675 ss., con nota di Bascherini e Piccione, alle pp. 1680 e 1697 ss.

“consiste nella libertà del singolo di autodeterminarsi nei limiti degli obblighi e dei divieti di carattere personale o patrimoniale imposti dalle pubbliche autorità 'in base alla legge'”, e nell'art. 13 invece la tutela della “libertà della 'persona fisica' contro arbitrarie misure *coercitive*”⁸⁵³, o, in altre parole, ritiene che esso “garantisca, in accordo con le intenzioni del Costituente (...), la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere, conseguenti a una situazione di coazione fisica”⁸⁵⁴.

Partendo da queste riflessioni, l'A. rigetta le varie teorie alternative che sono state proposte. Ad esempio ritiene indifferente il fatto che la misura limitativa della libertà personale incida su singoli oppure “su una pluralità indeterminata di soggetti”, o che incida o meno sul valore della persona umana, o ancora che sia istantanea oppure duratura, o quale grado di libertà di movimento residui all'individuo (“la libertà personale [è] altrettanto ristretta alla gogna e in una circoscrizione territoriale trasformata in cella”⁸⁵⁵). Rifiuta, poi, l'impostazione secondo cui la libertà tutelata dall'art. 13 sarebbe una libertà “omnicomprensiva” (perché molti aspetti della libertà dell'individuo sono disciplinati dagli articoli seguenti, “il che esclude che l'art. 13 si preoccupi (anche) della libertà della persona di comunicare, di circolare, di riunirsi e così via”⁸⁵⁶), e

853 Pace, *Problematica*, cit., pp. 174 ss.

854 Pace, *ivi*, p. 178. Conforme sembra anche Amato, ove afferma che la libertà personale è “libertà dagli arresti e, nella sua massima espansione, dalla sottoposizione a singole e specifiche coercizioni fisiche” (in Amato, Art. 13, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna, 1977). *Ibidem* però si chiede anche se la tutela sia “nei confronti di ogni e qualsiasi costrizione”, aprendo poi alla tesi per cui sono restrittive della libertà personale solo le misure “degradanti”, criticata invece da Pace.

855 Pace, *Libertà personale*, cit., p. 297.

856 Pace, *Problematica*, cit., p. 171.

non crede nemmeno che possano essere tutelate dall'art. 13 quelle libertà “residuali”, che non sono contemplate dagli articoli costituzionali⁸⁵⁷.

In particolare si oppone a quella concezione per cui la libertà personale tutelerebbe la persona contro le misure degradanti della dignità sociale.⁸⁵⁸ Questo perché ritiene che il valore della dignità sociale esuli dall'art. 13, essendo al centro invece dell'art. 3 Cost. Solleva inoltre una rilevante obiezione a questa tesi: se si adottasse questo criterio si avrebbe “la conseguenza, inammissibile, di lasciare la libertà personale priva di garanzie nei confronti di misure coercitive della persona fisica che non siano socialmente degradanti”⁸⁵⁹.

Per quanto riguarda la tesi per cui l'art. 13 tutelerebbe la libertà non solo fisica ma anche spirituale⁸⁶⁰, nega che essa possa trovare fondamento nel quarto comma dell'art. 13 (che non esplicita, ma *presuppone* la nozione di libertà personale) e fa notare come, seguendo questa impostazione, “anche l'imposizione di un obbligo (...) richiederebbe il puntuale intervento dell'autorità giudiziaria”⁸⁶¹. Citando autorevole dottrina, nota che “una astratta proclamazione del diritto di libertà morale dell'individuo verso lo Stato sembrerebbe poco compatibile con tutti quelli che sono stati i poteri, agli organi dello Stato riconosciuti, di imporre, ai singoli, determinati comportamenti sotto minaccia di pena o d'altra grave sanzione, vuoi mediante atti del potere legislativo, vuoi mediante ordini dell'autorità”⁸⁶².

857 Pace, *ibidem*.

858 Sostenuta tra altri da Mortati.

859 Pace, *Problematica*, cit., pp. 171 ss. Riguardo a questa critica si veda anche *infra*.

860 Così Barile e Guarino.

861 Pace, *ibidem*, p. 173.

862 Vassalli G., *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V,

PACE qualifica come misure coercitive della libertà personale, assoggettate alle regole previste dall'art. 13, “tutte le forme di detenzione, di arresto, di ispezione o di perquisizione, nonché 'qualsiasi altra restrizione della libertà personale', quale che sia la finalità concretamente perseguita (...). Vi rientrano perciò la custodia preventiva, l'arresto nel proprio domicilio o in luogo pubblico di cura o assistenza, l'affidamento del condannato al servizio sociale, la sottoposizione a rilievi segnaletici e a prelievo ematico, la vestizione coatta delle reclute, gli accompagnamenti coattivi, l'internamento e l'isolamento di malati, la traduzione di renitenti alla leva, il palpeggiamento della persona per accertare la presenza eventuale di armi nei vestiti, e così via”⁸⁶³.

Egli coerentemente esclude dalla disciplina dell'art. 13 tutte quelle misure che siano meramente *obbligatorie*, le quali proprio in quanto tali sono *non coercitive*⁸⁶⁴. Per 'misure obbligatorie' egli intende quelle in cui la realizzazione il comportamento imposto è rimesso alla “'collaborazione' più o meno 'spontanea' del destinatario del provvedimento”. In tal caso, ritiene, la misura inciderà non sulla libertà personale in senso stretto, ma sulla libertà individuale, di autodeterminazione, che potrà essere compressa più o meno ampiamente dalla legge, nel rispetto della Costituzione. Nella concezione dell'autore il fatto che una misura rientri nella libertà di autodeterminazione - non coperta quindi dalla tutela

Padova, 1958, pp. 365 ss., cit. da Pace, *Problematica*, cit., p. 174. Cfr. inoltre Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007, pp.103 ss.

863 Pace, *Problematica*, cit., p. 179.

864 Qui l'A. cita l'espressione di Esposito secondo cui “il diritto quando comanda non coarcesce, quando coarcesce non comanda” in Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, p. 61.

ex art. 13 - non comporterebbe di per sé una minor tutela rispetto ad una che si ritenga incidere sulla libertà personale: egli infatti ritiene che i limiti posti dalla Carta Costituzionale, in alcuni ambiti (in particolare quelli in cui “la libertà morale assurge a libertà di coscienza”) siano particolarmente pregnanti, e comportino che “ogni impedimento, sia pure solo morale, dovrà per ciò stesso dirsi vietato”⁸⁶⁵.

In pratica PACE ritiene che il discrimine per individuare le misure assoggettate all'art. 13 Cost. sia la *coercitività* delle stesse, “a prescindere dal *nomen juris*”. Coercitività che si avrà nel caso in cui “il ricorso alla coazione, da parte della pubblica autorità, seguirebbe, *pressoché automaticamente*, la mancata ottemperanza dell'obbligo o del divieto (...). Parafrasando le parole di un noto studioso inglese, potremmo allora dire che vi è costrizione fisica anche in presenza di una semplice minaccia della forza se l' 'affermazione dell'autorità' (escludendo in radice ogni possibilità di autodeterminazione) sia tale da intimidire l'individuo e da indurlo all'obbedienza anche senza che esso venga toccato (H. STREET, *Le garanzie*, p. 88)”⁸⁶⁶. Ciò non deve far pensare che, per l'A., basti la previsione di una sanzione detentiva nel caso di violazione perché una misura possa dirsi coercitiva, come sostenuto da altri autori (tra cui CERRI, su cui *infra*)⁸⁶⁷. Questo perché nella realtà la sanzione

865 Pace, *Problematica...* cit., p. 181.

866 Pace, *Problematica*, cit., p. 181, n. 5.

867 Cerri, *Libertà*, cit., p. 5: “Non è azzardato affermare che equivalgono a coercizione quegli obblighi che non lasciano alcuna discrezione sui tempi e sui modi dell'adempimento, non consentono alcuna armonizzazione dell'impegno che impongono con altri che rientrano nel programma del soggetto passivo; anche (...) quegli obblighi che sono eseguibili in forma specifica sulla persona (...) e *quegli obblighi ancora che sono presidiati da sanzione penale e da sanzione che incida comunque su un diritto inviolabile*” (corsivo mio).

detentiva non viene applicata automaticamente, e non sempre si realizza.

Per quanto riguarda invece gli *oneri*, essi sono considerati imposizioni lecite, trattandosi di misure rispetto alle quali il consenso della persona può dirsi implicito, una restrizione liberamente accettata. Anche qui però non bisogna lasciarsi sviare dal *nomen*: ricordando che l'onere è una tecnica giuridica di controllo sociale che “rispetto al singolo è un modo di lasciar fare, ma rispetto alla generalità dei consociati è un modo di far fare”⁸⁶⁸, per l'A. “una restrizione personale può dirsi effettuata con il consenso del titolare, unicamente quando l'interessato resta *effettivamente* libero di sottrarsi ad essa, rinunciando (senza pregiudizio per l'esercizio di altri suoi diritti) alla realizzazione del previsto vantaggio”⁸⁶⁹.

Inoltre, PACE considera, ma dubitativamente, che le perquisizioni su cose che rientrano nell'immediata sfera di custodia del soggetto, pur senza immedesimarsi con il suo corpo, potrebbero rientrare sotto la tutela dell'art. 13. Ritiene infatti che anch'esse comportino un 'assoggettamento' della 'persona' all'altrui volere.

Da ultimo, secondo la sua impostazione, non sottostanno all'art. 13 tutte “quelle misure restrittive della persona che, pur essendo coercitive della libertà fisica (ad es. lo scioglimento 'con la forza' di una riunione per motivi di sicurezza pubblica o di repressione penale (...)), rientrano nella specifica disciplina di altra norma costituzionale” (nella specie, l'art. 17 Cost.)⁸⁷⁰. Questa affermazione sembra a prima vista confliggere con l'opinione di PACE secondo cui la disciplina prevista dall'art. 13 si applicherebbe ogni qualvolta si abbia una coercizione fisica⁸⁷¹. Egli affronta questa apparente contraddizione,

868 G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970.

869 Pace, *Problematica*, cit., p. 184.

870 Pace, *ibidem*, p.180.

871 Si veda , par. 2.

spiegando come i rapporti tra l'art. 13 e le altre norme costituzionali, a suo parere, non siano omogenei, ma cambino a seconda del contenuto delle norme coinvolte. Vedremo come egli ritenga che l'art. 32 non possa mai comportare deroghe al 13; la sua opinione cambia, però, per quanto riguarda ad esempio le limitazioni di libertà nel contesto del servizio militare (poiché “è palese che l'art. 52 ponga le premesse per un sistema radicalmente derogatorio della normativa dell'art. 13”⁸⁷²), oppure la disciplina delle riunioni (in quanto l'art. 17 disciplinerebbe l’“ordine pubblico in quanto pregiudicabile dalla fisica materiale compresenza di più persone nello stesso luogo: apparirebbe allora incongruo che la normativa specifica della tutela dell'ordine pubblico venisse sostituita, quanto allo scioglimento e all'allontanamento, dall'art. 13”⁸⁷³), od ancora i provvedimenti coercitivi di educazione e rieducazione dei minori, (sarebbe possibile l'esercizio della potestà genitoriale tramite mezzi coercitivi nei confronti di quei minori che siano ancora incapaci di intendere e di volere; invece, per gli altri, la restrizione della libertà personale dovrebbe essere sempre disposta dall'autorità giudiziaria⁸⁷⁴). Sono però ammesse solo misure che abbiano intrinsecamente una capacità 'educativa'; rimangono perciò soggette al controllo dell'autorità giudiziaria ove concretizzassero 'abusi'⁸⁷⁵). Si può dire quindi che la sua affermazione secondo cui le misure coercitive della libertà personale sarebbero sempre assoggettate alle regole dell'art. 13 è poi mediata dalla composizione che attua tramite l'interpretazione delle diverse norme costituzionali.

Può essere utile riportare anche un passo dell'A., scritto in tempi più recenti, in cui in un certo senso egli riassume la sua

872 Pace, *Libertà*, cit., p. 299.

873 Pace, *ibidem*.

874 Pace, *ibidem*, p. 301.

875 Pace, *Problematica delle libertà costituzionali – Parte generale*, Padova, 1992, pp.141 ss.

posizione sulla questione, mantenendosi fermo nell'interpretare l'art. 13 come riguardante le misure coercitive, ma anche aprendo alla teoria dell'equiparazione di certe menomazioni della dignità della persona, in questi termini: “gli obblighi e i divieti che incidono sulla libertà morale (o di autodeterminazione) non costituiscono l'oggetto della disciplina dell'art. 13, bensì dell'art. 23 Cost.(...). Conseguentemente l'interprete non può non concludere nel senso che l'art 13 disciplini solo misure coercitive, il che appunto confermerebbe che il bene protetto in via di principio da tale disposizione è la libertà della persona fisica. La quale però può dirsi pregiudicata oltre che da misure fisicamente coercitive, da menomazioni o mortificazioni della dignità o del prestigio della persona, equiparabili *quoad effectum* alle anzidette misure fisicamente coercitive. Inoltre, in virtù di un'interpretazione evolutiva, tra queste ultime potrebbero rientrare anche le misure di assoggettamento all'altrui potere mediante strumenti elettronici”⁸⁷⁶.

2.2. Libertà personale come libertà da misure degradanti della dignità sociale.

Come già accennato, c'è un filone interpretativo che ritiene siano restrittive della libertà personale quelle misure che comportino un “marchio sulla personalità morale del soggetto che ne è colpito”. Approfondiremo questa posizione a partire dalle tesi di MORTATI. Egli sembra propendere per un concetto di libertà personale “tale da non esaurirsi nella protezione della medesima da ogni specie di coazione fisica (...) ma estesa fino a comprendere anche la salvaguardia dalle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa, le quali richiedano non già solo valutazioni di esigenze oggettive di

876 Pace, *Interpretazione costituzionale*, cit., p.104.

sicurezza o sanità, ma anche apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali dei soggetti cui esse si indirizzano, e tali, quando si concretino in un accertamento di minorata socialità dei medesimi, da influenzare la loro capacità generale, la loro 'dignità'»⁸⁷⁷. A sostegno di questa tesi l'A. porta la lettura dell'art. 14 Cost. secondo comma, sulle perquisizioni domiciliari: queste ultime sarebbero esentate dalla necessità di autorizzazione del giudice quando siano effettuate per motivi di sanità o di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali “perché da essi esula ogni apprezzamento relativo alle qualità morali delle persone che vengono a subire una restrizione nella loro libertà domiciliare”. Da ciò deriverebbe “una conferma del principio secondo cui deve essere sottoposto alla pronuncia del magistrato ogni provvedimento amministrativo che si concreti non solo in una riduzione coattiva della sfera di azione riservata al cittadino, ma implichi un giudizio che si rifletta negativamente sulla personalità morale di lui”⁸⁷⁸.

Gran parte delle critiche che sono state formulate avverso questa tesi si concentrano sul fatto che essa lascerebbe prive di tutela tutte quelle limitazioni della libertà personale che, pur essendo coercitive, non si considerano lesive della dignità morale della persona⁸⁷⁹. Questa sembra essere un'osservazione decisiva, anche considerando quanto può essere aleatorio stabilire se una misura sia degradante e basata su valutazioni morali sulla persona o se invece non lo sia, essendo basata su valutazioni oggettive. C'è da dire però che, seguendo il ragionamento di MORTATI sopra riportato, si nota come in alcuni punti egli pare effettivamente sostenere quanto criticato

877 C. Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione* (nota a Corte Cost. 30 giugno 1960 (ud. 21 giugno), n. 45), in *Giur. Cost.* 1960, p. 689 ss.

878 Mortati, *ibidem*, p. 690.

879 Si veda *supra*, par. 2.1.; così anche Morana, *Libertà costituzionali*, cit., p. 181 ss.

(ad esempio ove afferma che le perquisizioni domiciliari sarebbero esentate dalla necessità di autorizzazione del giudice quando siano effettuate per motivi di sanità o di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali “perché da essi esula ogni apprezzamento relativo alle qualità morali delle persone”); in altri passaggi, però, sembra ritenere che costituiscano limitazioni della libertà personale *sia* le misure fisicamente coercitive – degradanti o meno – *sia* le misure non coercitive, ma degradanti per la persona che le subisce (ad esempio ove ritiene il concetto di libertà personale “*non esaurirsi* nella protezione della medesima da ogni specie di coazione fisica”⁸⁸⁰). Se l'interpretazione corretta del suo pensiero fosse quest'ultima, l'obiezione sopra riportata perderebbe in parte ragione d'essere, (rimanendo però valida la critica riguardante la difficoltà di distinzione tra misura degradante e non)⁸⁸¹.

2.3. La libertà personale come libertà morale oltre che fisica.

Di questa impostazione abbiamo già parlato al par. 2.1., nell'espone la tesi opposta – quella per cui la libertà personale è solo libertà da coercizioni fisiche. In quella sede sono state ovviamente evidenziate le critiche; vediamo ora di approfondire invece le argomentazioni portate a sostegno di essa.

P. BARILE ritiene l'articolo 13 prevalentemente rivolto alle limitazioni di libertà nel campo del procedimento penale, ed è in quest'ottica che elabora le sue riflessioni intorno ad esso; non ne esclude però l'applicabilità anche ad altri fini. Egli considera

880 Corsivo mio.

881 Per Morana, *ibidem*, invece la critica manterrebbe tutta la sua pregnanza, poiché per l'autrice ci sono coazioni morali che sono da assimilare alle coazioni fisiche. Esse quindi, se non degradanti, non essendo nemmeno “fisiche” non potrebbero essere ricomprese nella tutela dell'art. 13.

la libertà personale – tramite una lettura coordinata del primo e quarto comma dell'art. 13 – “il paradigma della *nonviolenza*, fisica e spirituale. Il rifiuto della violenza 'morale' (...) che si risolve poi sempre anche in una restrizione delle possibilità fisiche dell'individuo”⁸⁸². “La libertà personale, nella sua accezione tradizionale, 'dagli arresti', viene dunque storicamente a trasformarsi in una situazione che investe tutte le facoltà primordiali dell'uomo, compresa quella della libera autodeterminazione”⁸⁸³. Infatti l'A. rifiuta la tesi per cui il diritto all'autodeterminazione sarebbe disciplinato esclusivamente dall'art. 23⁸⁸⁴: egli ritiene che l'art. 13 tuteli la libertà personale “in assoluto” (e quindi compresa la libertà di autodeterminazione), e che l'art. 23 vi ponga dei limiti, che vanno letti però alla luce dell'art. 13: essi possono essere introdotti sulla base di altri interessi costituzionali, ma “non potranno in nessun caso incidere sulla personalità morale e sulla dignità sociale dell'individuo”, in quanto queste sono tutelate dall'art. 13 primo comma.

Anche CERRI in un primo momento sembra porsi nel filone interpretativo per cui la libertà personale *ex art. 13*, sarebbe solo libertà da costrizioni fisiche: “La libertà personale incide sul collegamento, che non può essere interrotto arbitrariamente, fra pensiero e azione (...). Questo collegamento si interrompe quando interviene un momento di coercizione fisica. Con ciò ci poniamo in sintonia con la tradizione dell'istituto e con la dottrina che la esprime”, ed afferma che “il semplice obbligo, pur se in definitiva è destinato ad orientare la condotta altrui, non è parificabile alla coercizione”⁸⁸⁵. In seguito però rileva che le critiche di alcuni studiosi a questa concezione

882 P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111.

883 Barile, *ibidem*, p. 112.

884 Cfr. ad es. Pace, *Problematica*, cit., p. 175 ss.

885 Cerri, *Libertà*, cit., p.5.

intesa in modo 'rigido' "hanno finito con il lasciare il segno, mostrando, quanto meno, che alcuni obblighi possono equivalere a coercizione". Egli ritiene che questa equivalenza si attui ove si determinino "obblighi eseguibili in forma specifica, oppure presidiati da sanzione detentiva", e "ciò vale anche per le sanzioni che toccano i diritti inviolabili. Dovendosi assumere l'assoluta incomprimibilità ed irrinunziabilità di tali diritti si deve anche affermare l'equivalenza di una sanzione che su di essi incida a *vis impulsiva*". Ed inoltre: "Ancora a coercizione deve parificarsi qualsiasi mezzo fraudolento impiegato per influire sull'altrui comportamento"⁸⁸⁶.

Giunge così ad una conclusione confliggente con l'affermazione da cui era partito: "il concetto di libertà personale, così delineato, mi sembra riassorba le principali esigenze che sono alla radice della dottrina della c.d. 'libertà morale', perchè in definitiva gli obblighi veramente assorbenti della reale autonomia della persona (...) vengono a rientrare nella garanzia". E' però convinto del fatto che questa sua interpretazione eviti, rispetto a quella della libertà morale 'pura', "una certa eccessiva elasticità di definizione della fattispecie tutelata"⁸⁸⁷.

Queste sue posizioni ricordano quelle riaffermate recentemente da MORANA, la quale, dopo aver passato in rassegna diverse opinioni, ritiene di accogliere una tesi⁸⁸⁸ che

886 Sempre Cerri, *ibidem*, p. 5.

887 Cerri, *ibidem*, p. 6.

888 Sostenuta in primo luogo da Grossi P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, Torino, 1991, pp. 200 ss.: "in base al prevalente orientamento della dottrina e all'indirizzo ormai consolidato della Corte Costituzionale, la libertà personale è da intendere, nella tradizione dell'*habeas corpus*, in senso esclusivamente fisico, e si estende a quella morale solo nelle marginali ipotesi in cui le menomazioni arrecate a quest'ultima siano tali per intensità e numero da potersi equiparare ad una vera e propria limitazione materiale della

sembra mediare tra quella della 'libertà personale come libertà dalle sole coercizioni fisiche' e come 'libertà anche da coercizioni morali'. Infatti, ritenendo di escludere con certezza la tesi delle misure degradanti della dignità sociale, ritiene opportuno accogliere un'interpretazione parzialmente estensiva della libertà personale. Con questo intende partire dalla nozione di libertà dalle coercizioni fisiche, ed ampliarla aggiungendovi anche alcune restrizioni morali: solo quelle che siano così intense da apparire equivalenti alle prime. Detto con le sue parole: “Ciò *non* equivale a ritenere (...) che *tutte le coercizioni morali* ricadano nella disciplina dell'art. 13. Piuttosto [le garanzie dell'art. 13 operano] nei confronti non solo delle coazioni (degradanti o meno) che toccano la sfera fisica della persona, ma anche di quelle morali, nelle ipotesi in cui queste ultime determinino un tale costringimento nella possibilità di autonoma determinazione del soggetto, da apparire equivalenti alle prime”⁸⁸⁹.

Ovviamente l'A. riconosce la difficoltà di accertamento di tale equivalenza, e cercando di tracciare una linea di distinzione, ritiene che il discrimine non stia tanto nel contenuto dell'obbligo, quanto nella modalità esecutiva: “infatti, mentre le misure *coercitive* sono quelle alle quali viene data immediata esecuzione in via coattiva, quindi imposte con la forza qualora manchi la collaborazione del destinatario, ed alle quali il soggetto non può sottrarsi, le misure meramente *obbligatorie* (...) sono quelle alle quali il soggetto può sempre sottrarsi, anche se al prezzo di una eventuale e successiva sanzione: ed anche qualora si tratti (...) di una sanzione penale detentiva”⁸⁹⁰.

Si possono qui riportare le osservazioni di PANUNZIO in argomento. Egli parte proprio dal considerare come 'coatti' i

disponibilità della propria persona”.

889 Morana, *Libertà costituzionali*, cit., p. 184.

890 Morana, *ibidem*, p. 186 (corsivo mio).

comportamenti imposti che siano così stringenti, lascino “così poco margine di scelta all'interessato, da far pensare che [l'imposizione] sia tale da vanificare la sua autodeterminazione”⁸⁹¹ (analogamente quindi a MORANA). Nel cercare di applicare questo criterio al proprio campo di indagine (le vaccinazioni obbligatorie) giunge però alla conclusione che “quelli sin qui evidenziati appaiono come dei dubbi forse mai eliminabili ove (...) si proceda caso per caso alla individuazione dei margini di scelta che in concreto la legge lascia all'individuo. Per questa strada, (...) il confine tra semplice obbligo e sostanziale coercizione non è definibile con nettezza in tutti i casi, e talvolta potrebbe dipendere anche da circostanze estrinseche, contingenti e mutevoli”. E ritiene che in materia di libertà personale, che “più di ogni altra esige certezza di confini”, sia necessario invece un criterio di interpretazione che non lasci troppo spazio alla discrezionalità dell'interprete”. Ciò lo porta a concludere che “le perplessità sopra evidenziate potrebbero allora anche indurre a ritenere inapplicabili modelli interpretativi così problematici come quello illustrato”⁸⁹².

2.4. La libertà personale come diritto all'integrità psicofisica.

E' stata da ultimo avanzata (MODUGNO) un'interpretazione che, tramite una lettura congiunta di varie disposizioni costituzionali, ravvisa l'esistenza di una serie di 'nuovi diritti' della persona, il cui nucleo è il diritto alla libertà psicofisica, intesa come “libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità”⁸⁹³.

891 Panunzio S., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, pp. 894 ss.

892 Panunzio, *ibidem*, pp. 898 ss.

893 F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza*

MODUGNO ritiene che proprio questo sia il significato da attribuirsi all'espressione 'libertà personale' dell'art. 13: libertà personale come '*libertà della persona*'. Egli conduce un'analisi dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati partendo dal presupposto che essi “acquistino nella loro successione e connessione una qualche *intrinseca sistematicità*, quale risulta evidente ad una analisi appena meno che superficiale”. Ritiene che il concetto di libertà accolto dalla Costituzione sia quello di “libertà positiva come autodeterminazione o autorealizzazione (autonomia) del singolo (che in tal modo si fa persona) in tutte le direzioni possibili (civili, etico-sociali, economiche, politiche)”; e questa interpretazione, secondo l'A., “presuppone ed anzi *implica* la dimensione negativa delle libertà, l'indipendenza dell'individuo da costrizioni, intrusioni o impedimenti che lo renderebbero (anche) incapace di qualsiasi autodeterminazione o autorealizzazione.”⁸⁹⁴

MODUGNO osserva che condizione prima per il godimento dei diritti fondamentali è “*l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica*. (...) La libertà personale (art. 13) è la categoria assiomatica che esprime il duplice, ma inscindibile, significato di tale autorelazione fondamentale”⁸⁹⁵. L'Autore nega fermamente che la libertà personale possa essere intesa in senso meramente fisico; afferma anzi che la libertà “come libertà della mente e del corpo” rientri nel concetto di “libertà personale intesa *in senso strettissimo*”⁸⁹⁶.

Ritiene, più precisamente, che la libertà personale sia generatrice di una serie di diritti, indipendentemente dalla loro analitica previsione costituzionale o meno. Individua ad esempio il diritto all'immagine⁸⁹⁷, il diritto al riconoscimento

Costituzionale, Torino, 1995, p. 12.

894 Modugno, *ibidem*, p.10.

895 Modugno, *ibidem*, p.11.

896 Modugno, *ibidem* (corsivo mio).

897 Che la Corte costituzionale (sentenza 12 aprile 1973, n. 38) ha

dell'identità sessuale, il diritto alla vita, il diritto all'integrità psichica o spirituale, alla privacy e all'onore. Li ritiene tutti desumibili dal diritto alla libertà personale, perché impliciti in esso, o perché condizione necessaria di esso (non vi può essere interiorità o coscienza senza integrità; e l'integrità, a sua volta, è condizione necessaria della libertà personale)⁸⁹⁸.

In particolare, rispetto all'integrità psichica o spirituale, l'A. ritiene che “all'esigenza di tutela dell'integrità fisica è dunque da affiancare un'analoga esigenza di tutela dell'integrità psichica o spirituale: all'*habeas corpus*, l'*habeas mentem* e (per le forme di intrusione più sofisticate) l'*habeas data*”⁸⁹⁹.

A queste valutazioni PACE⁹⁰⁰ risponde negando la possibilità di fondare nel primo comma dell'art. 13 i molteplici diritti e libertà che MODUGNO fa invece risalire ad esso. PACE ritiene che del primo comma non possa darsi una lettura disgiunta dalle altre parti dell'articolo, e che l'interpretazione sistematica di un articolo non possa giungere fino a distorcerne il significato proprio. Il primo comma insomma non potrebbe in nessun caso contenere un principio estraneo alla fattispecie successivamente disciplinata, essendo *logicamente impossibile* far operare l'alinea sia come *norma-principio* sia come *regola*

ritenuto fondato sugli artt. 2, 3, secondo comma e 13, primo comma, in stretta connessione: “[le disposizioni sulle quali era stata sollevata la questione] non contrastano con le norme costituzionali, ed anzi mirano a tutelare e a realizzare i fini dell'art. 2 affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, gli artt. 10 del codice civile, 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633”.

898 Modugno, *I “nuovi diritti”*, cit., pp. 12 e 16.

899 Modugno, *ibidem*, p. 20.

900 Pace, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 83 ss.

iniziale rispetto alle seguenti⁹⁰¹, ed essendo in particolare errato ritenere che i successivi commi siano indipendenti dall'alinea, come se essa non esistesse⁹⁰².

Altro argomento a sostegno di questa *impossibilità logica* è che, se fosse possibile questa scissione, questa possibilità dovrebbe sussistere anche per molti altri articoli costituzionali, con “conseguenze – a dir poco – paradossali”⁹⁰³.

Inoltre, secondo PACE, MODUGNO attribuirebbe una eccessiva importanza interpretativa all'aggettivo 'inviolabile' attribuito alla libertà personale: esso sarebbe fortemente enfatico, e non attribuirebbe automaticamente una forza superiore al principio cui si riferisce⁹⁰⁴.

2.5. La giurisprudenza costituzionale.

La Corte Costituzionale ha formato nel tempo una consolidata giurisprudenza sul concetto di libertà personale. In parte ne accenneremo anche *a latere* degli argomenti che affronteremo al par. 3. Vediamo qui specificamente gli orientamenti assunti.

901 In quanto regole e norme-principio hanno natura diversa, nonché discipline tra loro contraddittorie: una più soft (il principio) e l'altra più rigida. Per una distinzione tra principio in senso stretto, norma-principio e regola, cfr. Pace, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 87 ss.

902 Pace, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 88.

903 Pace, *ibidem*, p. 105.

904 Secondo Pace questo sarebbe stato usato dai costituenti “per il semplice fatto che la Costituzione di Weimar – sempre da loro tenuta presente – utilizzava l'analogo aggettivo '*unverletzlich*' negli articoli corrispondenti ai nostri art. 13, 14 e 15, senza però esplicitamente imporne il rispetto (nemmeno) al legislatore”.

2.5.1. Il criterio della libertà da costrizioni fisiche senza l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Si può dire che la Corte abbia accolto nelle sue sentenze prevalentemente il principio per cui la libertà personale è “libertà personale contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria”. L'art. 13 concerne, per la Corte (sentenza n. 49 del 1959), “le guarentigie supreme dell'habeas corpus che sono una delle pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico”⁹⁰⁵.

Nella sentenza n. 45 del 1960 (di cui abbiamo già parlato a proposito del commento di MORTATI) la Corte esplicita ancor più il suo pensiero a riguardo, affermando che “l'art. 13, nel dichiarare inviolabile la libertà personale, *si riferisce alla libertà della persona in senso stretto*, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione. Trattasi quindi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall' *'habeas corpus'*”⁹⁰⁶.

Ancora, nella n. 20 del 1975: “è di tutta evidenza che, nella specie⁹⁰⁷, si è fuori del campo di applicazione della

905 Corte Cost., 15 luglio 1959, n. 49.

906 Corte Cost. 30 giugno 1960 (ud. 21 giugno), n. 45, cit. in cui l'ordinanza di remissione osservava che “il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, importando una restrizione della libertà personale, deve essere disposto, a norma dell'art. 13 della Costituzione, con provvedimento emesso e convalidato dal magistrato; donde l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge del 1956, che ne demanda l'emanazione alla Autorità di pubblica sicurezza”. La Corte ritenne infondata la questione (corsivo mio).

907 Corte Cost., 5 febbraio 1975, n. 20: “il tribunale di Ascoli Piceno sottopone a questa Corte la questione concernente la pretesa illegittimità della norma istitutiva del Consorzio obbligatorio, denominato 'Associazione per il controllo della combustione' (art. 1 d.l. 9 luglio 1926, n. 1331), rilevando che l'obbligatorietà sarebbe

invocata garanzia costituzionale [l'art. 13], la quale *riguarda la tutela della libertà personale contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, e concerne quindi le guarentigie supreme dell'habeas corpus*, mentre la norma impugnata, imponendo, per i descritti scopi di pubblico interesse, la partecipazione all'Associazione in esame, non vincola la libertà della persona né più né meno di quanto avvenga per effetto di qualsiasi altra norma precettiva”⁹⁰⁸.

Altre sentenze in linea con questo orientamento sono la n. 6 del 1962⁹⁰⁹, la 194 del 1996⁹¹⁰, la 105 del 2001⁹¹¹.

incompatibile [con l'art. 13 e] con l'art. 18 Cost., in forza del quale al cittadino verrebbe garantita, in via assoluta, non solo la libertà positiva di associazione, ma, altresì, quella, negativa, di non partecipare, se non volontariamente, ad associazioni di qualsiasi natura”. (...) Secondo ciò che è dato desumere dall'ordinanza di rinvio, la norma impugnata contrasterebbe con l'invocato precetto costituzionale [art. 13] per gli stessi motivi dedotti in relazione all'art. 18 Cost., e cioè in quanto, rendendo obbligatoria l'Associazione in discorso, inciderebbe sulla libertà personale del cittadino, che l'art. 13 Cost., appunto, garantisce”.

908 Corsivo mio.

909 Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 6: l'ordinanza del giudice *a quo* denuncia la potestà prefettizia di impedire, con la sospensione o con il ritiro della patente, l'esercizio del diritto di guida, ritenendola incidente sulla libertà personale e perciò contrastante con l'art. 13 Cost. La Corte dichiara infondata la questione: “anche a un rapido esame è subito manifesto come l'art. 13 sia stato male addotto. Il provvedimento di sospensione o quello di ritiro della patente non violano né menomano in alcun modo la libertà personale qual'è tutelata in quell'articolo: essi si limitano a togliere o a sospendere l'esercizio del diritto di guidare autoveicoli e perciò *non colpiscono, almeno in via diretta, la persona fisica del conducente*, come invece accadrebbe, per esempio, con l'arresto. E se si volesse esaminare il problema in riferimento allo stesso art. 16 della Costituzione, inteso quale proiezione del citato art. 13, il discorso non assumerebbe una

In particolare quest'ultima, chiamata a valutare la costituzionalità delle norme che prevedono il trattenimento dello straniero presso i 'centri di permanenza temporanea e assistenza' nell'ambito della procedura di espulsione amministrativa disposta dal prefetto, afferma che “il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è *misura incidente sulla libertà personale*, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost.⁹¹² (...) Lo si evince dal comma 7 dell'art. 14,

piega diversa” (corsivo mio).

910 Corte Cost. 12 giugno 1996, n. 194. La sentenza riguarda l'accompagnamento del conducente sospettato di trovarsi in condizioni di alterazione fisica e psichica correlata con l'uso di sostanze stupefacenti e psicotrope, per il prelievo di liquidi biologici per accertamenti (artt. 186, comma 6, e 187, commi 2 e 4, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285). La Corte afferma che “in tal modo *la libertà personale di quest'ultimo non è affatto violata, considerato che egli non subisce coartazione alcuna, potendosi rifiutare in caso di ritenuto abuso di potere da parte dell'agente*. Vero è infatti che - a tutela della effettività dell'attività di polizia - codesto rifiuto è poi costruito dal comma 5 dell'art. 187 come un autonomo titolo di reato. Ma, a parte il fatto che quest'ultima norma non è stata denunciata, il giudice deve riscontrare la ragionevolezza del motivo che ha indotto l'agente a disporre l'accompagnamento. Ed è proprio la previsione legislativa di tale ragionevolezza a scongiurare i rischi di abuso paventati dal rimettente, consentendo che a posteriori si compia una verifica giudiziale dei fatti e della attendibilità delle ragioni del convincimento dell'agente” (corsivo mio).

911 Corte Cost., 10 aprile 2001(ud. 22 marzo), n. 105, in *Giur. Cost.*, cit.

912 Ed aggiunge, specificando: “Si può forse dubitare se esso sia o meno da includere nelle misure restrittive *tipiche* espressamente menzionate dall'art. 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario.

secondo il quale il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata. Si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, *quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale*”⁹¹³.

Come si può notare, la Corte qui prende in considerazione un criterio ulteriore oltre a quello della mera costrizione fisica: parla infatti di *mortificazione della dignità dell'uomo*. A ben guardare, però, la mortificazione della dignità è qui presa in considerazione solo come conseguenza automatica dell'*assoggettamento fisico all'altrui potere*. E' quest'ultima dunque ad essere ritenuta condizione decisiva e sufficiente a determinare una limitazione di libertà personale rilevante ai fini dell'art. 13 Cost.

2.5.2. Il criterio della lieve entità dell'atto coercitivo.

A fronte di queste affermazioni piuttosto nette, in altre occasioni la Corte ha mostrato di fare ricorso anche a criteri sensibilmente diversi: uno di questi è quello per cui non si ritiene lesivo della libertà personale un atto che sia sì coercitivo, ma ritenuto di *lieve entità*. In questo senso argomenta la sentenza n. 193 del 1996 (chiamata a valutare la legittimità delle misure preventive previste nei confronti di persone

Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle 'altre restrizioni della libertà personale', di cui pure si fa menzione nell'art. 13 Cost.” (corsivo mio).
913 Corsivo mio.

denunciate o condannate per determinati reati, o che abbiano preso parte a episodi di violenza in occasione di manifestazioni sportive) secondo la quale un “provvedimento, consistente (...) semplicemente nell'interdizione all'accedere agli stadi o agli altri luoghi dove si svolgono le previste manifestazioni sportive” comporta “una minore incidenza sulla sfera della libertà del soggetto”, e quindi non richiede il rispetto delle garanzie previste dall'art. 13⁹¹⁴.

2.5.3. *Il criterio della degradazione giuridica dell'individuo.*

Significativa in questo senso è particolarmente una sentenza del 1956, la n. 11. In essa la Corte dichiara di accogliere il criterio per cui 'libertà personale' è libertà dal potere di coazione personale che può essere esercitato dallo Stato⁹¹⁵. In questo modo sembra non distaccarsi

914 Corte Cost. 12 giugno 1996, n. 193: “il provvedimento che impone l'obbligo a comparire negli uffici di polizia viene a configurarsi come atto *idoneo ad incidere sulla libertà personale del soggetto tenuto a comparire, imponendone la presenza negli uffici* addetti al controllo dell'osservanza della misura e *comportando, altresì, una restrizione della sua libertà di movimento durante una fascia oraria determinata*. Questo carattere della misura, evidenziato, del resto, già in sede parlamentare, con il richiamo all'art. 13 della Costituzione, spiega perché essa sia stata circondata da particolari garanzie, che si completano nel previsto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di convalida del Giudice per le indagini preliminari (art. 6, comma 4). *Diversa portata assume l'altro provvedimento, consistente più semplicemente nell'interdizione all'accedere agli stadi o agli altri luoghi dove si svolgono le previste manifestazioni sportive, con una minore incidenza sulla sfera della libertà del soggetto*” (corsivo mio).

915 Corte Cost., 3 luglio 1956, n. 11: “il diritto di libertà personale forma (...) oggetto di precisa regolamentazione all'art. 13 della Costituzione, che nei primi due commi dispone: 'La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di

dall'interpretazione tradizionale. Ma nella stessa sentenza, proseguendo, si rileva invece una notevole divergenza da essa: la Corte infatti ritiene limitativa della libertà personale la misura dell'ammonizione *in quanto* essa “si risolve in una sorta di *degradazione giuridica* in cui taluni individui (...) vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità”⁹¹⁶. E' questa una sensibile differenza rispetto all'interpretazione tradizionalmente accolta: secondo MORTATI, nonostante la Corte dichiari l'adesione al criterio della coercizione fisica, “il fare riferimento allo stato di 'degradazione giuridica' per potere dare ragione dell'inclusione di una misura di sicurezza nella disciplina dell'art. 13, sembra contenere implicitamente l'assunzione di un concetto di libertà personale tale da non

ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge'. Risulta da questa disposizione che *il diritto di libertà personale non si presenta affatto come illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e col rispetto di talune forme*” (corsivo mio).

916 “In proposito la Corte rileva, anzitutto, che nessun dubbio può sussistere sulla portata sensibilmente limitatrice della libertà personale delle norme sull'ammonizione contenute nell'attuale T.U. delle leggi di p.s. Basterà ricordare che l'ammonizione, attraverso le disposizioni che ora la regolano, si risolve in una sorta di *degradazione giuridica* in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose, magari designati come tali dalla pubblica voce, vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità; che l'ordinanza di ammonizione ha per conseguenza la sottoposizione dell'individuo ad una speciale sorveglianza di polizia; che attraverso questo provvedimento si impone all'ammonito tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui quello di non uscire prima e di non rincasare dopo di una certa ora non è che uno fra gli altri che la speciale commissione prescrive” (corsivo mio).

esaurirsi nella protezione della medesima da ogni specie di coazione fisica, (...) ma estesa fino a comprendere anche la salvaguardia dalle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa”⁹¹⁷. Sotto un certo aspetto dunque questo criterio amplia il concetto di libertà personale tutelata, se si considera che la degradazione giuridica, anche se non comporta una pura coazione fisica, può incidere sulla libertà personale; da un altro punto di vista, però, può ridurre l'estensione, non riconoscendo come limitative della libertà personale misure pur coercitive che non siano però considerate 'giuridicamente degradanti'.

In una sentenza di qualche anno successiva, la n. 68 del 1964, riguardante il discusso tema della misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio, o 'ordine di rimpatrio' (del medesimo tema trattava anche la citata sentenza n. 45 del 1960⁹¹⁸) la Corte – dopo aver affrontato svariati argomenti – rileva che “l'ordine di rimpatrio non è suscettibile di coercitiva esecuzione”⁹¹⁹, e che non si può nemmeno ritenere che esso sia causa di “degradazione giuridica” della persona (affermando che “nel rimpatrio obbligatorio non sussistano quegli elementi in vista dei quali la Corte riscontrò nell'ammonizione una causa di 'degradazione giuridica’”⁹²⁰).

Nel cercare di chiarire i parametri in base ai quali è

917 Mortati, *Rimpatrio obbligatorio*, cit., p. 689 (già citato al par.2.2.)

918 Al par. 2.5.1.

919 Poiché “gli organi di polizia possono procedere alla traduzione solo dopo che il giudice penale, accertata la legittimità dell'atto, abbia dichiarato che l'intimato si è sottratto all'obbligo di obbedienza. Espletate le necessarie formalità per accertare che il soggetto abbia raggiunto la nuova sede, l'intimato è libero di restarvi o di trasferirsi altrove, purché non torni alla sede dalla quale è stato allontanato. Non sussistono altri adempimenti, né altri vincoli o limitazioni alla libertà del soggetto”.

920 Sentenza 11/1956, su cui *supra*.

possibile ritenere che vi fosse o meno degradazione giuridica, la Corte richiama e fa proprio il principio enunciato dalle precedenti sentenze: “in sostanza, le due decisioni del 1956 e le decisioni successive hanno ritenuto che per aversi degradazione giuridica, come uno degli aspetti di restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione, occorre che il provvedimento provochi una *menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'habeas corpus*”⁹²¹. E conclude che, in base a questi parametri, “l'ordine di rimpatrio non presenta tale carattere”.

Un'altra sentenza in cui viene dato per acquisito questo criterio è la n. 144 del 1970⁹²², la quale, nel giudicare della costituzionalità dell' “obbligo, per chi dà alloggio per mercede, di annotare in apposito registro le generalità delle persone alloggiate e di dare di esse comunicazione quotidiana all'autorità di P.S., unitamente a quella degli arrivi, partenze e dei relativi luoghi di provenienza e di destinazione”, ritiene che “per quanto concerne (...) la pretesa violazione dell'art. 13, si osserva che le notizie da fornire all'autorità di pubblica sicurezza sul movimento delle persone non limitano, in sé, la libertà, *anche intesa come salvaguardia della dignità della persona*”⁹²³.

Da ultimo la sentenza n. 419 del 1994⁹²⁴ sembra potersi inscrivere a pieno titolo in questo filone. L'oggetto dell'ordinanza di remissione è la misura di prevenzione del soggiorno cautelare⁹²⁵. In essa la Corte richiama la principale

921 Secondo Pace, *Problematica*, cit., p. 186, questa affermazione è alquanto contraddittoria (corsivo mio).

922 Corte Cost., 16 luglio 1970, n. 144.

923 Corsivo mio.

924 Corte Cost., 7 dicembre 1994, n. 419.

925 Si tratta di una misura di prevenzione prevista dall'art. 25-quater

giurisprudenza costituzionale in materia di libertà personale, riassumendo le sue posizioni in questi termini: “questa Corte ha individuato nella 'degradazione giuridica' dell'individuo l'elemento qualificante della restrizione della libertà personale”. Ed applica questo criterio nel valutare la misura di prevenzione che era oggetto della questione: “ciò posto, non può negarsi che anche l'istituto ora in esame presenti, nel complesso delle sue prescrizioni (...) un contenuto afflittivo tale da integrare senz'altro una menomazione della dignità della persona e che, quindi, ricada pienamente sotto la sfera precettiva dell'art. 13 della Costituzione”.

(soggiorno cautelare) del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n.356, consistente nell'obbligo di soggiorno in una località determinata – peraltro normalmente, anche se non necessariamente, diversa da quella di residenza o di dimora abituale – ed in una serie di prescrizioni che, “in assenza di specifiche indicazioni, non possono che essere quelle tipiche delle ordinarie misure di prevenzione”. L'articolo citato dispone, al primo comma, che il procuratore nazionale antimafia “può disporre il soggiorno cautelare di coloro nei cui confronti abbia motivo di ritenere che si accingano a compiere taluno dei delitti indicati nell'articolo 275, comma 3, del codice di procedura penale avvalendosi delle condizioni previste nell'articolo 416-bis del codice penale od al fine di agevolare l'attività delle associazioni indicate nel medesimo art. 416-bis”; ed al quinto comma che entro dieci giorni dalla notificazione del decreto motivato applicativo della misura, l'interessato “può proporre richiesta di riesame al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale del luogo ove ha sede il procuratore nazionale antimafia. (...) Il giudice provvede entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta, sentito il procuratore nazionale antimafia il quale trasmette senza ritardo gli elementi su cui si fonda il decreto”.

2.5.4. Il criterio della libertà morale.

Vi è enunciazione di questo criterio nella sentenza n. 30 del 1962⁹²⁶. Di fatto mi sembra che questo criterio si differenzi solo superficialmente da quello della *degradazione giuridica*. Infatti la Corte richiama la giurisprudenza che ha delineato quest'ultimo criterio e si dice in linea con esso; cambia essenzialmente solo il termine 'mortificazione della dignità'⁹²⁷, che era usato dalla precedente giurisprudenza, in 'menomazione della libertà morale'⁹²⁸, ma sempre dichiarandosi concorde con la giurisprudenza richiamata. L'espressione 'menomazione della libertà morale' a mio parere non si può dire sia esattamente coincidente con la precedente; essendo però usate con intenzioni e in un contesto – pare – simili, forse si deve ritenere che il criterio adottato sia da considerarsi il medesimo.

In concreto poi questa sentenza, chiamata a valutare della costituzionalità dei rilievi segnaletici disposti dall'autorità di polizia *ex art. 4 TULPS*⁹²⁹, adotta un criterio che è stato

926 Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30.

927 Sent. 68/1964: “*mortificazione della dignità o del prestigio della persona*, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'habeas corpus” (corsivo mio).

928 “come risulta in particolare dalla sentenza 19 giugno 1956, n. 11, che dichiarò illegittime le disposizioni concernenti l'ammonizione, la garanzia dell'habeas corpus non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla *menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere*” (corsivo mio).

929 Art. 4 TULPS: “L'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici. Ha facoltà inoltre di ordinare alle persone pericolose o sospette di munirsi, entro un dato termine, della carta di identità e di

criticato dalla dottrina in quanto si basa, per distinguere gli atti che sono limitativi della libertà personale da quelli che non lo sono, su “elementi 'spuri' rispetto alla distinzione tra libertà personale e libertà morale”⁹³⁰. La Corte ritiene infatti che siano lesivi della libertà personale quei rilievi (descrittivi, fotografici e antropometrici) che richiedano “complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona” (ad esempio che richiedessero “prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico”, o che “possono rendere necessari accertamenti che vengano a menomare la libertà morale della persona, come, per esempio, nel caso in cui debbano essere compiuti su parti del corpo non esposte normalmente alla vista altrui, e specialmente nel caso in cui ciò possa importare un mancato riguardo all'intimità o al pudore della persona”); non ritiene invece lesivi della libertà personale quei rilievi che “*anche se (...) possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona*” siano effettuati per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista”, o che richiedano “una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali”.

Fissa insomma il criterio non nella coercitività consistente nell'uso della forza, ma nell'oggetto (aspetto esteriore o meno) della rilevazione (forse accogliendo implicitamente il criterio della limitazione di lieve entità, visto *supra*)⁹³¹.

esibirla ad ogni richiesta degli ufficiali o degli agenti di pubblica sicurezza”. Come chiarisce la Corte, “la questione sollevata dal Tribunale si riferisce unicamente al punto se sia legittimo l'art. 4 della legge di pubblica sicurezza in quella parte in cui dispone che l'Autorità di polizia può ordinare la sottoposizione a rilievi segnaletici senza le garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione”.

930 Così Morana, *Libertà costituzionali*, cit., p. 177.

931 La Corte conclude che “non distinguendo l'art. 4 della legge di pubblica sicurezza tra rilievi che importino ispezioni personali e

Per una sintesi dei criteri che abbiamo visto sin qui adottati dalla Corte, si può riportare la sentenza n. 23 del 1975⁹³² (chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori⁹³³), che li fa propri – destando tra l'altro una certa sorpresa – tutti insieme: “come è stato affermato ripetutamente dalla Corte, l'ambito precettivo della norma costituzionale, diretta a difendere l'individuo di fronte alla potestà coattiva dello Stato, non comprende ogni violazione o limitazione della libertà personale, cui può essere sottoposto

rilievi che restino esteriori alla persona, la disposizione è illegittima soltanto nella parte in cui consente 'ispezioni personali'” ai sensi dell'art. 13 Cost.

932 Corte Cost., 5 febbraio 1975, n. 23. Il pretore di Torino solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma secondo, della legge n. 300 del 1970 in riferimento all'art. 13, comma primo e secondo, della Costituzione sotto il presupposto: “a) che i controlli disposti in ottemperanza della norma impugnata 'costituiscano vere e proprie ispezioni personali del lavoratore cui si riferiscono, eseguite unicamente nell'interesse del privato datore di lavoro, senza che si persegua alcun interesse pubblico'; b) che nell'ipotesi di cui alla medesima norma 'si versa in un'oggettiva situazione di conflitto fra due interessi privati, omogenei e contrari, a tutela di uno dei quali – quello del datore di lavoro – si pone l'attività dovuta di un ente pubblico, nella specie l'INAM'; c) che le ispezioni in parola 'sono effettuate senza intervento alcuno dell'autorità giudiziaria, unica deputata a disporre con provvedimenti motivati e sindacabili – a differenza di quanto accade nella ipotesi considerata – limitazioni di qualsiasi sorta alla personale libertà del cittadino”.

933 Art. 5, l. 300/1970: “Accertamenti sanitari. Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente. Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda. Il datore di lavoro ha facoltà di far controllare la idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico”.

in vario modo il cittadino nello svolgimento della sua attività, ma soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come *autonomia e disponibilità della propria persona*. L'art. 5, comma secondo, della legge n. 300 del 1970 non comporta (...) alcuna *coercizione fisica* sulla persona, nessuna *degradazione giuridica* del lavoratore, nessuna *menomazione della libertà morale implicante un assoggettamento totale della persona al potere altrui*⁹³⁴.

2.5.5. Alcune osservazioni conclusive.

Di fronte a questa serie di sentenze, cerchiamo di individuare se vi sia un'interpretazione della tutela costituzionale della libertà personale che possa dirsi consolidata, o, almeno, di individuare una linea di tendenza. La Corte enuncia spesso che cosa è, in astratto, violazione di libertà personale, ma altrettanto spesso non la ravvisa nel caso concreto portato a giudizio. Tra le sentenze qui presentate, la Corte ritiene effettivamente lesive della libertà personale la misura dell'ammonizione⁹³⁵ (sentenza 11/1956), i rilievi

934 Corsivi miei. La Corte, ritenendo che “la norma non prevede (...) alcun mezzo coattivo per sottoporre il lavoratore a tale controllo e tanto meno la facoltà del datore di lavoro di costringerlo contro la sua volontà”, e che “obbiettivamente tutela gli interessi e le esigenze sia del lavoratore dipendente sia del datore di lavoro”, non la ritiene limitativa della libertà personale, e ritiene “conseguenziale che la norma medesima non preveda l'intervento dell'autorità giudiziaria nel regolare le modalità del controllo”; perciò dichiara non fondata la questione sollevata.

935 La quale “ha per conseguenza la sottoposizione dell'individuo ad una speciale sorveglianza di polizia; (...) attraverso questo provvedimento si impone all'ammonito tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui quello di non uscire prima e di non rincarare

segnaletici che comportano 'ispezioni personali' (sentenza 30/1962), la misura di prevenzione del soggiorno cautelare (sentenza 419/1994) ed il trattenimento dello straniero nei CPT (sentenza 105/2001).

Volendo trovare un filo conduttore *sostanziale*, al di là delle enunciazioni di principio, si può constatare che in tutti questi casi si ha un comportamento imposto e vi è la possibilità di applicare coattivamente tale imposizione. Questa può essere più o meno invasiva (dall'ispezione personale al trattenimento in CPT); è da sottolineare però che, secondo alcune sentenze, la coazione non è di per sé sufficiente a configurare una rilevante violazione della libertà personale: ad esempio non è stata ritenuta tale se comporta soltanto una 'momentanea immobilizzazione' per fotografare o descrivere parti della persona normalmente esposte all'altrui vista⁹³⁶.

A mio avviso il criterio che vede nella coattività il discrimine, e che quindi richiede il controllo giurisdizionale su *ogni* misura coattivamente applicabile, indipendentemente dal fine e dalla invasività della stessa, ha il pregio di essere fondato su aspetti oggettivamente valutabili, e di tutelare (per lo meno imponendo vincoli procedurali) l'individuo dalle intrusioni nella sua sfera personale.

Concludiamo l'analisi di queste sentenze riprendendo alcune osservazioni di PACE. Le sue osservazioni sono effettuate nel contesto dell'analisi della dubbia costituzionalità delle misure di prevenzione; ritengo però che possano essere interessanti anche ai nostri fini, poiché richiamano l'attenzione sul pericolo che ci può essere fermandosi ai requisiti giuridico-formali senza guardare all'aspetto sostanziale.

L'A. sottolinea il rischio che una fiducia eccessiva nella

dopo di una certa ora non è che uno fra gli altri che la speciale commissione prescrive” (Corte cost., n. 11 del 1956).

936 Corte cost., 30 del 1962.

tutela giurisdizionale possa portare a considerare accettabile qualsivoglia misura coercitiva, sol che sia prevista, per la sua applicazione, la decisione di un giudice. Bisognerebbe invece valutare anche la legittimità *in sé* della misura in questione: se questa è *sostanzialmente* illegittima (in base al parametro costituzionale), l'applicazione corretta da parte di un giudice non potrà sanarla. Così si esprime PACE: “la immedesimazione della tutela della pari dignità sociale con la tutela dell'*habeas corpus* nonché il fascino esercitato dal principio di giurisdizionalità” hanno condotto “alla auspicata dichiarazione d'incostituzionalità [della misura di prevenzione dell'ammonizione]”. Ma questo fatto, pur 'auspicato', ha comportato un “effetto indiretto di portata storica (anche se giuridicamente discutibile)”. L'adozione di questo criterio “*fece ritenere all'opinione pubblica e al legislatore che misure pregiudizievoli alla libertà morale, alla libertà di circolazione e soggiorno, e alla pari dignità sociale (e perciò 'degradanti') (...) potessero essere legittimamente previste, pur non essendo stata accertata la commissione di reati, purché tali misure fossero formalmente rispettose del principio di legalità e purché l'irrogazione della misura avvenisse a seguito di un procedimento giurisdizionale*”. In altre parole, “dalla esatta premessa che solo il giudice potesse esprimere giudizi lesivi della pari dignità sociale, fu fatta discendere l'inesatta conseguenza che il giudice potesse esprimere giudizi 'disonoranti' di date persone, ancorché queste non avessero commesso atti vietati dalla legge penale”⁹³⁷.

3. L'art. 32. La libertà di salute.

Concludiamo l'analisi del quadro costituzionale cercando

937 Pace, *Problematica*, cit., pp. 185 ss. (corsivo mio).

di capire il significato e la portata dell'art. 32 Cost., con particolare riferimento al suo secondo comma⁹³⁸.

Avevamo già accennato⁹³⁹ come si ritenga generalmente che questo articolo configuri, oltre che un *diritto* alla salute in capo ai singoli, anche una *libertà* (nonché un *interesse* della collettività). In proposito avevamo richiamato le tesi di MORANA, la quale afferma che “la garanzia costituzionale, come sempre accade per le libertà, si estende anche al non curarsi, quindi alla scelta di non sottoporsi a cure e terapie che pure potrebbero migliorare lo stato di salute od evitare il suo peggioramento”⁹⁴⁰.

Prima di addentrarci nella problematica relativa al secondo comma è opportuno però volgere lo sguardo alla disposizione costituzionale nel suo complesso, così da acquisire una visione d'insieme del problema, necessaria per poter sperare di intendere la norma adeguatamente.

In primo luogo è bene ricordare come l'art. 32 nel suo complesso sia fortemente innovativo rispetto alla tradizione giuridica e culturale liberale-prefascista e fascista. Questa infatti affrontava il tema della salute essenzialmente come problema di 'vigilanza igienica e sicurezza pubblica', significativamente attribuendo tutte le competenze al Ministero degli Interni⁹⁴¹; e lo affrontava a livello solo legislativo, in

938 Art. 32 Cost.: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

939 Al par. 1.

940 Morana, *Libertà costituzionali*, cit., p. 254.

941 Per queste osservazioni, e per una rassegna della legislazione previgente, si veda Simoncini A., in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Milano 2006, pp. 656 ss. Ricordiamo qui la l. 5849/1888 “Sulla tutela della igiene e

quanto lo Statuto Albertino non si occupava del tema.

Riguardo al contenuto dell'articolo nel suo complesso, è da notare come il diritto alla salute sia l'unico diritto che la Costituzione qualifica espressamente come *fondamentale*.

Importante è anche sottolineare come, poiché si tratta di diritto inerente alla persona umana, spetti non solo ai cittadini, ma a tutti gli uomini in quanto tali⁹⁴².

Passando all'analisi della sua struttura, si può notare come l'art. 32 sia costruito in maniera peculiare, accogliendo in sé contenuti molto eterogenei tra loro. In esso vi è l'enunciazione di diritti della personalità (la salute "*fondamentale diritto dell'individuo*") ma anche di obblighi personali (essa costituisce anche "*interesse della collettività*"); attribuisce diritti a prestazioni (la Repubblica "*garantisce cure gratuite agli indigenti*") e libertà negative ("*nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*"); contiene inoltre anche principi vincolanti per la legislazione ("*la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona*")⁹⁴³.

della sanità pubblica", la l. 6972/1890 "Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza", il r.d. 1265/1934 (t.u. delle leggi sanitarie).

942 Enuncia questo principio ad es. Corte Cost., 17 luglio 2001, n. 252: "Questo 'nucleo irriducibile' di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso". Richiama il principio enunciato in questa sentenza anche Corte Cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. Cost.*, 2005, pp. 4675 ss., con nota di Rimoli. In dottrina, cfr. tra gli altri Pezzini B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 74 e nota 74.

943 V. *ex multis* Simoncini A., in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 657 ss., ed anche Tripodina C., in *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole e Bin, Padova 2008, p. 321 ss. Analogamente, parla di "posizione giuridica

Questa eterogeneità, che potrebbe sembrare inopportuna poiché toglierebbe alla norma quell'uniformità che la potrebbe rendere più facilmente interpretabile e attuabile, in realtà sembra essere “il riflesso della oggettiva complessità di questo bene giuridico” e soprattutto risponde alla necessità che la tutela di esso non sia affidata unicamente alla giurisdizione ma ad “una serie molteplice di azioni e strumenti diversi e non da un unico ed assorbente meccanismo di garanzia”⁹⁴⁴.

In seno all'art. 32 si fonda una 'garanzia attiva', che comporta il diritto all'esistenza e utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari alla tutela della salute, e una 'garanzia negativa', che comporta la pretesa a che i terzi si astengano da comportamenti dannosi per la salute altrui⁹⁴⁵. Questa pretesa, che viene specificata e 'riempita di contenuto' dal comma successivo, trova fondamento tra l'altro nella solenne enunciazione che riconosce la tutela della salute come “fondamentale diritto dell'individuo”. E' in questa espressione che trova fondamento inoltre la natura di *diritto di libertà* del diritto alla salute⁹⁴⁶.

3.1. Caratteristiche del diritto alla salute.

La dottrina si è interrogata a lungo su un altro problema teorico – di natura classificatoria – che pur essendo tale può avere conseguenze concrete, aiutando nell'interpretazione della norma. Si tratta della configurabilità del diritto di salute come *diritto della personalità*, questione sulla quale la dottrina non è unanime. Tra i diritti della personalità è tradizionalmente posto

soggettiva complessa” Pezzini B., *Il diritto alla salute*, cit., pp. 25 ss.

944 Così Simoncini A., *ibidem*, p. 658..

945 Così Longo, in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 658.

946 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., p. 28.

il diritto all'integrità fisica, che, come vedremo oltre, non coincide con quello alla salute; da alcuni è fatto rientrare tra i diritti della personalità anche il diritto alla salute, mentre altri dissentono, per il suo carattere peculiare, la sua struttura eterogenea ed il fatto che esso non abbia ad oggetto “un bene immateriale proiettato al di fuori dell'individuo e costruito per astrazione”, a differenza dei tradizionali diritti della personalità⁹⁴⁷.

La questione, come dicevamo, non è fine a se stessa, poiché vi sono alcune caratteristiche che appaiono tipicamente legate ai diritti della personalità: si tratta dell'intrasmissibilità, dell'imprescrittibilità, dell'irrinunciabilità e dell'indisponibilità, le quali tutte essenzialmente denotano un “*difetto di potere giuridico del soggetto titolare del diritto finalizzato e diretto ad una più certa garanzia di stabilità giuridica e di preminenza del diritto stesso*”⁹⁴⁸. Tra di esse, non destano particolari problemi le prime, che si possono senza difficoltà attribuire anche al diritto alla salute: senza soffermarci troppo, vediamole una ad una. L'*intrasmissibilità* è un vincolo che preclude al diritto cui si riferisce di mutare soggetto. Esso si può pacificamente attribuire al diritto alla salute: in questo, l'oggetto del diritto è così strettamente legato, *organicamente*, con il titolare del diritto stesso, da non essere configurabile separatamente da esso. Per quanto riguarda l'*imprescrittibilità* (per cui l'inerzia del titolare nel far valere un diritto non ha rilievo giuridico), essa viene generalmente attribuita ai diritti della personalità in quanto questi sono essenziali per la persona;

947 Per questa analisi cfr. ancora Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., p. 32, spec. alla nota 16, in cui l'A. richiama Di Cerbo e Lega come esponenti delle tesi riportate nel testo (il primo per la tesi che accoglie il diritto alla salute come diritto della personalità, il secondo per quella contraria, che propone la distinta classificazione di 'diritto della persona').

948 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., pp. 32 ss.

così si potrebbe dire anche del diritto alla salute (riguardo a questa caratteristica riportiamo l'opinione di PEZZINI, secondo la quale nel caso del diritto alla salute il problema dell'imprescrittibilità non sarebbe neppure configurabile, “poiché la salute (così come la vita) è 'un modo di essere' della persona, come tale necessariamente fruito fintantochè la persona esiste, indipendentemente dalle concrete condizioni dello 'stato di salute', o comunque dal grado di interessamento e di attivazione (...) del soggetto rispetto alla propria salute”⁹⁴⁹).

Si parla di *irrinunciabilità* per definire l'impossibilità giuridica di far venir meno il diritto definitivamente, per atto di volontà del titolare: essa è fondata sulla essenzialità del diritto e la conseguente necessità che esso continui ad inerire al soggetto per tutta la sua esistenza; intesa in tal senso sembra da attribuirsi anche al diritto alla salute⁹⁵⁰.

Come accennato, il punto che crea più difficoltà e dibattito è quello dell'*indisponibilità*. Con questo termine si può indicare l'impossibilità per il soggetto di disporre negozialmente del diritto nei rapporti con altri soggetti, ma anche, più radicalmente, l'impossibilità di incidere in alcun modo sul proprio diritto. Bisogna quindi capire se ed in che termini il concetto di indisponibilità sia attribuibile al diritto alla salute.

Il problema è stato studiato sotto la prospettiva del fondamento costituzionale della *libertà di disposizione del proprio corpo*, o in altri termini del diritto di prendere liberamente decisioni riguardanti il proprio corpo e la propria salute (sia nel senso di non essere costretti a “godere attivamente della libertà [di salute]”⁹⁵¹, che in quello di decidere come disporre del proprio corpo). L'espressione

949 Pezzini, cit., p. 33.

950 Ma si veda ad es. Pace, in questo stesso paragrafo.

951 L'espressione è di Morana, *La salute*, cit., p. 124.

'libertà di disporre del proprio corpo' richiama, evidentemente, la formulazione dell'art. 5 c.c.⁹⁵² Il rapporto tra questo e l'art. 32 Cost., e quindi la lettura da darsi della disciplina codicistica in seguito all'avvento della Costituzione è stato studiato con approcci differenti, e giungendo a conclusioni, se non contrapposte, quantomeno eterogenee. Su di un punto non sembra esserci ormai grande dissenso in dottrina: il fatto che l'art. 5 c.c. vada letto 'secondo Costituzione'; e che questo comporti un sicuro rifiuto di quella tesi che vorrebbe trovare in esso il fondamento di un divieto di disposizione 'omissiva' del proprio corpo (che vieterebbe, cioè, al titolare del diritto il rifiuto di cure ritenute necessarie per la sua salute). Questa interpretazione estenderebbe oltre misura il concetto di 'atti di disposizione', in contrasto con la lettera dell'art. 5, e con l'intenzione del legislatore⁹⁵³, e soprattutto non sarebbe conforme a Costituzione: l'art. 32 Cost. espressamente prevede che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge”.

Da questo si evince che il *principio* è la libera disposizione del proprio corpo e la libera decisione sul se sottoporsi a un dato trattamento sanitario o se non farlo. I trattamenti imposti possono sì essere costituzionalmente leciti, ma solo in via di *eccezione*, ed in quanto siano rigorosamente rispettati i limiti previsti dall'art. 32 Cost., che richiede che il trattamento imposto sia espressamente previsto da una legge

952 Art. 5 c.c.: “Atti di disposizione del proprio corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”.

953 Così Modugno, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione (A proposito delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 306 ss.: si tratterebbe di “un'interpretazione *contra litteram* e *contra rationem*”.

che individui precisamente i trattamenti da attuarsi⁹⁵⁴. E se si accetta questa impostazione, risulta evidente che i 'trattamenti imposti' non possono derivare da una norma come l'art. 5 c.c.

Per quanto riguarda gli atti di disposizione attiva, per alcuni autori, semplicemente, il parametro di riferimento non è più l'art. 5 c.c., poiché esso è stato 'superato' dall'entrata in vigore della Costituzione, ed in specifico dall'art. 32. L'art. 32 Cost. è caratterizzato “da una istanza di libertà del soggetto in ordine alla tutela delle proprie condizioni generali di salute, *istanza in sé antitetica al concetto di indisponibilità*, e confermata dalla specifica garanzia disposta a tutela della sfera di libertà del soggetto in materia (2° comma (...))”⁹⁵⁵.

Secondo questa dottrina, la valutazione circa la possibile indisponibilità del diritto alla salute dovrebbe ricavarsi in base ad una lettura dell'art. 32 Cost. che dia rilevanza alla definizione normativa per cui la tutela della salute è “diritto fondamentale e interesse della collettività”, ed in base al limite sostanziale del rispetto della persona umana. Coerentemente con questi parametri, si trova – come già accennato – che la libertà di autodeterminarsi nel campo della salute è il *principio*, derogabile solo entro i ristretti ambiti in cui può essere imposto un trattamento sanitario per legge; si ricava inoltre che gli atti dispositivi possono essere limitati in alcuni casi, sulla base del *fine* cui gli stessi sarebbero diretti: ove si tratti di una *disposizione negoziale* del proprio diritto alla salute *nella sfera delle relazioni intersoggettive*, la libertà di disposizione può essere compressa. La *ratio* di questa limitazione sarebbe conforme a Costituzione, in quanto “sottraendo all'individuo la facoltà di disporre negozialmente della propria salute si tende (...) a garantire all'individuo stesso la fruizione del suo diritto anche 'malgrado se stesso', o meglio, malgrado ogni possibile

954 Modugno, *ibidem*, p. 308.

955 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., p. 34 (corsivo mio).

contraria sollecitazione o pressione, anche e soprattutto di carattere economico, che potrebbe condizionarlo”. Chi sostiene questa tesi (in particolare, PEZZINI) sottolinea come in questo modo la libertà in ordine alla propria salute non sia compressa “ma, al contrario, rafforzata, attraverso l'imposizione di un vincolo che gli impedisca di subordinare la propria salute ad esigenze o interessi di carattere economico”, e nota come questa subordinazione degli interessi economici a quelli inerenti la persona sia espressione del principio personalistico e di promozione dell'uguaglianza sostanziale cui la Costituzione è improntata⁹⁵⁶. Secondo PEZZINI, inoltre, il principio della libera disponibilità cede anche, sotto un aspetto 'qualitativo', quando “il soggetto pretenda di dirigerla sino alla soppressione di sé o alla eliminazione di componenti essenziali della propria personalità, come la stessa possibilità di esprimere o di attuare la propria volontà: quantomeno nel senso che tale pretesa *non possa ricevere dall'ordinamento alcuna protezione o tutela*”⁹⁵⁷.

MORANA, invece, imposta il problema diversamente, cercando in primo luogo di fare chiarezza rispetto ai termini usati, che possono essere simili ma nascondere profonde differenze. L'art. 5 c.c., infatti, ha per oggetto i limiti posti al *potere* di disporre *giuridicamente* del bene; l'art. 32 Cost. invece parla della *libertà* di disporre *materialmente*⁹⁵⁸. Al

956 Pezzini, *ibidem*, pp. 37 ss.

957 Pezzini, *ibidem*, pp. 38 ss. L'A. si dice consapevole della complessità di una più precisa articolazione del problema, poiché “quando entrano in campo i concetti della *vita* e della *morte*, è più difficile condurre il ragionamento per schemi o tipologie astratte e generali, sottraendosi al pressante, materiale richiamo verso quegli esseri umani che vivono, e muoiono”. Si limita quindi ad affrontare il problema, senza la pretesa di dare una risposta articolata e compiuta. L'A. fa riferimento, in particolare, al tema dello sciopero della fame ad oltranza.

958 Per la distinzione concettuale tra le categorie dell'autonomia privata e delle libertà individuali v. Grossi, *I diritti di libertà*, cit.,

potere – già disciplinato dall'art. 5 c.c. – non si è sostituita, ma si è affiancata una libertà, alla luce della quale è necessario ridefinire l'ambito di esercizio del potere. Il carattere dell'indisponibilità connota le libertà, e non anche il potere; perciò “la libertà di disposizione del proprio corpo non comprende *di per sé* la facoltà di porre in essere atti giuridici di disposizione del proprio corpo, ma consiste nella pretesa a che altri non intervengano a menomarne la pienezza di godimento”⁹⁵⁹. Inoltre la libertà di disposizione del proprio corpo non può essere intesa come 'avente ad oggetto' il proprio corpo, poiché 'persona' è concetto unitario, che non può avere al contempo ruolo di soggetto e di oggetto di un rapporto giuridico; essa non ha un oggetto ma un contenuto: la pretesa cioè che gli altri non ostacolino il soggetto nel godimento della libertà stessa. Il potere invece, “che indubbiamente si esercita su un oggetto (...) nel caso della disposizione del proprio corpo non potrà mai riguardare quest'ultimo nella sua interezza o complessità, bensì unicamente parti di esso, ancorché attaccate alle altre e suscettibili di una successiva separazione”. Ed è perciò solo rispetto ad esso che si può parlare di un oggetto in contrapposizione ad un soggetto, cioè la persona nel suo complesso⁹⁶⁰.

La distinzione tra *libertà* e *potere*, secondo MORANA, riflette la distinzione tra la sfera del *lecito materiale* e quella del *possibile giuridico*, o, in altre parole, tra *fatto* e *atto*. Per fare un esempio, un atto con cui un soggetto procuri a se stesso una lesione (con atto commissivo o mediante omissione) sarebbe un

pp.244 ss. Morana rimanda anche a Ferri L., *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 129 ss. e a Vassalli G., *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino 1960, spec. 1657 ss.

959 Morana, *La salute*, cit., pp. 124 ss. e nota 29 (corsivo mio).

960 Sempre Morana, *ibidem*, p. 125.

fatto manifestazione della libertà di salute (e come tali, secondo l'A., lecito e garantito dall'art. 32 Cost.⁹⁶¹), e non, invece, un atto dispositivo. Per semplificare, si può dire che l'art. 5 c.c. disciplinerebbe gli atti, e non i fatti in senso stretto. Su questo punto, non vi è accordo in dottrina⁹⁶². Alcuni ritengono che i fatti di autolesione compiuti allo scopo di cagionare a se stessi una lesione all'integrità fisica siano vietati dall'art. 5 c.c. (pur non essendo penalmente illeciti), ed altri che l'assenza di una garanzia costituzionale esplicita comporti che i fatti autolesivi ed il suicidio siano una libertà di fatto: non vietati non perché approvati dallo Stato, ma perché ineliminabili. Lo Stato dovrebbe però intervenire con interventi che tendano a dissuadere da tali comportamenti⁹⁶³.

Trattandosi di argomento molto complesso (ed anche, in un certo senso, 'emotivo'), è possibile che gli autori che si sono trovati ad affrontarlo si risolvano in seguito per soluzioni diverse da quelle che avevano fino ad allora sostenuto: un esempio si ha nel pensiero di PACE, il quale in una passata edizione di una sua opera aveva classificato il diritto alla vita e all'integrità psico-fisica come sicuramente indisponibile, intendendo con ciò che “come è vietato l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), così sono parimenti vietate l'automutilazione e la disposizione, vita natural durante, di parti

961 Secondo l'A., “oltre a mancare un divieto nella Costituzione, la garanzia della libertà di salute, nel suo aspetto negativo, sembra includere anche le autolesioni, persino qualora esse possano condurre al suicidio”.

962 Per un quadro generale della questione e per riferimenti bibliografici si può fare riferimento a Morana, *La salute*, cit., pp.134 ss., spec. note da 55 a 57.

963 Morana richiama come esponente della prima posizione Curatola P., *Automutilazione*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 341 ss. e della seconda Romboli R., *Art. 5*, in *Commentario Scialoja-Branca* (a cura di Galgano F.), *Delle persone fisiche*, Bologna-Roma, 1988, p. 245.

del proprio corpo (cfr. art. 5 c.c.)”; ed aveva ritenuto che il diritto alla salute fosse sicuramente irrinunciabile, costituendo esso non solo un diritto dell'individuo, ma anche interesse della collettività; mentre che lo stesso non si potesse dire del diritto alla vita, poiché “il 'dovere di vivere' potrà bensì discendere da imperativi morali e religiosi; dubbio è, invece, che tale dovere possa discendere da norme giuridiche (...). Una soluzione opposta potrebbe invece rinvenirsi in ordinamenti tutt'affatto diversi dal nostro, nei quali fosse perseguito l' 'impossessamento totalitario, non solo ideologico ma anche fisico, dell'essere umano’”⁹⁶⁴. In un'edizione successiva invece giunge alla diversa conclusione per cui “sembra (...) sostenibile la rinunciabilità al bene dell'integrità psico-fisica come conseguenza di una mancata cura della propria persona – frutto di una libera scelta rientrante nella libertà individuale – a patto però che tale scelta rinunciataria non implichi, direttamente o indirettamente, un pregiudizio per l'altrui salute”⁹⁶⁵.

MORANA sottolinea come la distinzione tra *libertà* e *potere* rende necessario interrogarsi se, una volta riconosciuta una libertà costituzionalmente garantita, il titolare di essa sia “*per ciò stesso* investito del corrispondente potere, e quindi legittimato a porre in essere negozi giuridici che investano lo stesso settore di vita materiale”. L'A. risponde negativamente,

964 Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, pp. 43-44. L'autore cita Mantovani F., *Aspetti giuridici della eutanasia*, in Archivio giuridico “Filippo Serafini”, 1988, vol. CCVIII, p. 74. Opinioni analoghe aveva espresso già in Pace, *Libertà personale*, cit., p. 295, in cui affermava: “in quanto esattamente si identifichino nella salute (art. 32) e nella dignità (art. 3) valori sottratti alla disponibilità individuale, sarà lo stesso soggetto titolare ad incontrare limiti, non potendo volontariamente né menomare il proprio corpo e nemmeno destinarlo a pratiche degradanti”.

965 Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 99.

ritenendo che si debba “di volta in volta verificare se al riconoscimento costituzionale di un diritto di libertà si affianchi anche un corrispondente potere, e se quest'ultimo abbia la stessa 'estensione' della prima”⁹⁶⁶.

3.2. Il concetto di salute.

A questo punto, per intendere la disposizione, bisogna tentare di definire il termine *salute*, non essendo del tutto scontato il suo significato. Esso si può intendere in modi diversi. Tipica era la contrapposizione tra chi vedeva coincidenza tra il concetto di *salute* e quello di *integrità fisica*⁹⁶⁷ (orientamento che ormai si può dire superato, almeno nel suo contenuto più rigido), e chi invece vede solo una limitata e parziale coincidenza di essi. Accoglie quest'ultima posizione – come la prevalente dottrina – ad esempio MORANA⁹⁶⁸, la quale fa notare come i due concetti non possano identificarsi: “basti considerare, per limitarsi all'esempio più macroscopico, che [l'integrità fisica], non comprendendo l'aspetto psichico, è inidonea ad esprimere fenomeni e condizioni concernenti il complessivo equilibrio psicofisico della persona, che non trovino diretta causa od effetto nella sfera corporea del soggetto”⁹⁶⁹. Ed ancora più evidente è nei frequenti casi in cui il perseguimento della *salute* passa attraverso una menomazione dell'*integrità fisica*: si pensi alle

966 Morana, *ibidem*, p. 133 (corsivo mio).

967 Cfr. De Cupis, *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989: “Il diritto all'integrità fisica, colla denominazione di diritto alla salute, è così recepito a livello costituzionale in tutta l'estensione del suo oggetto, già desumibile dall'art. 5 c.c.”.

968 Cfr. anche Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, parte generale*, Padova 2003, p. 100.

969 Morana, *La salute*, cit., pp. 112 ss.

operazioni chirurgiche, “cui il paziente si sottoponga per assicurare la funzionalità dell'organismo e scongiurare l'aggravarsi di un processo morboso (...)” od anche con il fine, ad esempio, del mutamento di sesso, “almeno nei casi in cui la lesione dell'integrità serva a garantire il riequilibrio psicofisico della persona”⁹⁷⁰. Pare del resto noto al senso comune come possa sussistere uno stato di salute senza integrità fisica – come negli esempi *supra* – ed una situazione di integrità fisica senza uno stato di salute (come ad esempio in alcune nevrosi)⁹⁷¹.

In passato era invece comune concepire la tutela della salute come tutela dell'integrità fisica; con la Costituzione si è superata questa visione *patrimonialistica* della persona, giungendo al riconoscimento della posizione centrale della persona umana, come unità inscindibile di corpo e mente, e quindi ad una visione della salute come *condizione*, come stato in divenire⁹⁷² (e legato, aggiungerei io, alla percezione *personale e soggettiva* dello stato di benessere, anziché valutabile *oggettivamente* da altri).

Tra gli autori che si sono occupati specificamente del problema della definizione del termine *salute*, segnaliamo inoltre PEZZINI⁹⁷³, la quale richiama alcune definizioni che sono state proposte nel corso del tempo, per giungere a quella che ritiene migliore: la salute come “stato di benessere, fisico e morale, che proviene dall'equilibrio di tutti gli organi e di tutte

970 Sempre Morana, *ibidem*.

971 Così Longo, in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 659.

972 Cfr. Longo, in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 659, e Tripodina, *Art. 32*, in *Commentario breve*, cit., p. 322: “l'integrità personale cessa di essere riducibile a 'singole parti separate' (...) e diviene un tutto non più frazionabile, da riguardare in modo unitario nelle sue molteplici dimensioni fisica, psichica e sociale”.

973 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., pp. 21 ss.

le funzioni del corpo umano, tale da permettere il normale svolgimento, sotto un punto di vista biofisiologico, della vita umana di relazione alle diverse condizioni di ambiente (cosmico, sociale, familiare) nel quale l'uomo vive⁹⁷⁴. L'A. accoglie questa definizione in primo luogo perché essa dà rilievo sia ai dati puramente biofisici sia al dato sociale, cercando un equilibrio tra essi, e secondariamente perché “pone in risalto il valore *strumentale* della salute, e specificamente della sua tutela”, in quanto mira a rimuovere “uno degli ostacoli più rilevanti che impediscono all'uomo di estrinsecare liberamente e compiutamente la sua persona”⁹⁷⁵.

Richiamiamo anche la posizione assunta dalla Corte Costituzionale in argomento, espressa a riguardo degli interventi chirurgici per il mutamento di sesso. Nella sentenza n. 161 del 1985⁹⁷⁶ la Corte affermò che “l'intervento chirurgico e la conseguente rettificazione anagrafica riescono nella grande maggioranza dei casi, come si è detto, a ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche, consentendo al transessuale di godere una situazione di, almeno relativo, benessere”. La Corte riconobbe qui come l'intervento chirurgico fosse necessario al raggiungimento della *salute*, rifacendosi ad un concetto ampio di salute, comprendente *soma* e *psiche*. Questo modo di intendere la salute si ritrova anche in decisioni che ammettono pacificamente che il bene *salute* possa essere menomato da un evento che abbia come conseguenza una lesione non necessariamente e solo *fisica*, ma anche *psico-fisica*⁹⁷⁷.

974 Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952, p. 16 (citato in Pezzini, *Il diritto*, cit., p. 23, nota 5).

975 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., p. 23.

976 Corte Cost., 24 maggio 1985, n. 161.

977 Cfr., tra le altre, Corte Cost., 18 dicembre 1987, n. 561, ed anche 14 luglio 1986, n. 184.

3.3. Il fondamento e la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32 secondo comma.

L'art. 32, secondo comma, dispone che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

3.3.1. Il principio della volontarietà dei trattamenti.

Da questa norma si ricavano per via interpretativa importanti informazioni su quella che è la disciplina dei trattamenti sanitari voluta dal costituente: dall'esplicita affermazione per cui solo la legge può imporre trattamenti sanitari, consegue necessariamente che i trattamenti imposti devono essere un'*eccezione*, e che il *principio* cui il legislatore dovrà attenersi è quello della volontarietà dei trattamenti⁹⁷⁸.

Questa interpretazione è del resto confortata da un lettura sistematica dell'art. 32, che lo studi alla luce dello spirito della Costituzione e di suoi specifici articoli. In particolare esso va letto alla luce del principio personalista, che trova espressione in particolare nell'art. 2 e nel secondo comma dell'art. 3⁹⁷⁹, per

978 Così *ex multis* Modugno, *Trattamenti sanitari “non obbligatori”*, cit., p. 308. Enunciano regole analoghe a livello legislativo l'art. 33 della l. 833/1978 (“Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari”), che costituisce la disciplina generale della materia, nonché numerose leggi che disciplinano ipotesi particolari di trattamento. Cfr. Viganò, *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Corr. merito*, 2009, n. 4, p. 347.

979 Art. 2 Cost.: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Art. 3, secondo comma: “E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli

cui al vertice dei valori tutelati vi è “il pregio inviolabile di ogni singola persona”⁹⁸⁰. E' stato detto che questo principio è da interpretare nel senso che “non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo”⁹⁸¹, e che esso “caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità, fisica e morale, che è comunque intangibile sia per i pubblici poteri, anche quando la finalità sia il conseguimento di fini di interesse generale, che per i privati”⁹⁸².

La Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che il principio personalista (che non è fatto risalire a specifiche norme, ma è ritenuto più in generale un principio “che ispira la Carta costituzionale”) “pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”⁹⁸³.

Un'interpretazione che da' la prevalenza all'autodeterminazione del soggetto, per quanto riguarda le decisioni a proposito della sua persona, è quindi sicuramente conforme a Costituzione⁹⁸⁴.

di ordine economico e sociale. che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

980 Onida V., *Dignità della persona e “diritto di essere malati”*, in *Quest. giust.*, n. 2, 1982, p. 366.

981 Così Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, p. 155.

982 Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, p. 137.

983 Corte Cost., 10 maggio 1999, n. 167. Può essere opportuno riportare per intero questa parte del ragionamento della Corte: “la norma denunciata [è] in contrasto sia con l'art. 3 sia con l'art. 2 della Costituzione, ledendo più in generale il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”.

984 E' però da notare che vi è anche chi, partendo da altri principi di

Si può dire quindi che la legge può imporre trattamenti sanitari solo eccezionalmente. Questa affermazione va però riempita di contenuto: sappiamo che il legislatore dovrà attenersi a certi parametri nell'imporre trattamenti sanitari, ma il punto cruciale è proprio *quali* siano questi parametri; sappiamo che si deve trattare di un'eccezione, e questo ci dà già un'indicazione di tendenza, ma bisogna capire *quando* può avere luogo questa eccezione.

3.3.2. *La necessità di una previsione legislativa espressa.*

Un primo limite che vincola il legislatore (e l'interprete) è quello per cui l'obbligo di sottoporsi a trattamento sanitario, costituendo eccezione al principio, può essere imposto solo se risultante da una norma espressa; non può invece ricavarsi interpretativamente, come disposizione implicita in altre norme⁹⁸⁵; neppure se le norme in questione sono norme di rango costituzionale, anzitutto perché è “assai discutibile consentire nel nostro sistema costituzionale la individuazione di doveri 'ulteriori' rispetto a quelli espressamente riconosciuti”, e poi perché “i principi di solidarietà e partecipazione” da cui si vorrebbero far discendere ulteriori 'obblighi di salute', richiedono “di esser tradotti in specifiche disposizioni di legge”, non essendo sufficiente una loro generica enunciazione

rango costituzionale, come il generico dovere di solidarietà e partecipazione espresso dagli art 2, 3 e 4 Cost., ritiene possa imporsi un generico dovere di curare la propria salute. Per riferimenti ed un commento critico di queste tesi, si può fare riferimento a Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale* (Testo della relazione svolta a Roma il 1° dicembre 1982 al Convegno su “Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità” presso il C.N.R.), in *Giur. cost.*, 1982, pp. 2467 ss.

985 Come visto *supra*, al par. 3.2., a proposito dell'art. 5 c.c.

a livello costituzionale⁹⁸⁶.

3.3.3. *La riserva di legge: assoluta o relativa?*

Il trattamento sanitario deve dunque essere previsto espressamente da una legge. Ci si chiede però se si tratti di riserva di legge relativa o assoluta. Le risposte sono discordi; sembra comunque che la prevalente dottrina e giurisprudenza propenda per qualificare la riserva come relativa⁹⁸⁷.

Tra gli autori 'in minoranza' sul tema, che sostengono trattarsi di riserva assoluta, vi è ad esempio BARILE, il quale ritiene che la formulazione testuale dell'art. 32 sembrerebbe indicare una riserva relativa; che però, in forza del fatto che l'articolo prevede un 'rinforzo' alla riserva ("la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana") si debba trattare di riserva assoluta.

Dello stesso parere è PEZZINI, la quale ritiene che si tratti di riserva assoluta, e 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"⁹⁸⁸.

CRISAFULLI invece afferma di aderire all'orientamento

986 Non si potrebbe ricavare un dovere "dal generico riferimento fatto dall'art. 2 ai doveri inderogabili, poiché mentre è possibile considerare 'aperto' il catalogo dei diritti, non altrettanto può dirsi per quello dei doveri, che sono solo quelli espressamente risultanti dal testo costituzionale. Inoltre, in uno Stato democratico e di diritto, l'interpretazione della Costituzione, nella parte in cui fissa i rapporti fra lo Stato e i cittadini, dev'essere dominata dal principio *in dubio pro libertate*". Così Luciani M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 781.

987 Cfr. Morana, *La salute*, cit., p. 192.

988 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., p. 29.

prevalente, da lui ritenuto 'pacifico', che vede nell'art. 32 secondo comma una riserva relativa⁹⁸⁹. MORANA⁹⁹⁰ fa però notare quella che sembra essere una contraddizione nella posizione di questo autore, poiché poco dopo nel testo egli prosegue sostenendo che l'interprete non può “aggiungere altre e diverse ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori a quelle specificamente previste da disposizioni di leggi formali o di atti aventi forza di legge”; a difesa della coerenza del pensiero dell'autore bisogna però rilevare che egli poco oltre aggiunge che si ha “l'unica eccezione” nell’“esercizio dei c.d. 'poteri di ordinanza' per far fronte a situazioni di urgente necessità pubblica, in materia sanitaria”, eccezione che non sarebbe possibile se si ritenesse la materia coperta da riserva assoluta di legge⁹⁹¹.

Sicuramente per la relatività della riserva è MODUGNO, e così anche PANUNZIO. Quest'ultimo parte dal presupposto che ai trattamenti sanitari che siano, oltre che obbligatori, coattivi, si applichi la disciplina della libertà personale prevista dall'art. 13 – con la tutela quindi della riserva di legge assoluta e della riserva di giurisdizione; e che ove i trattamenti fossero meramente obbligatori, sia da applicare invece la sola disciplina prevista dall'art. 32. Ritiene quindi “logico ed armonico rispetto al sistema costituzionale complessivo” che ove i trattamenti non siano coattivi trovi applicazione una disciplina meno garantista, quella – appunto – della riserva relativa di legge⁹⁹².

Da ultimo MORANA sostiene la tesi dell'assolutezza della riserva. L'autrice in primo luogo fa una precisazione metodologica: il riferimento alla legge contenuto nell'art. 32 si deve presumere usato in senso tecnico, e quindi come riserva

989 Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 558 s.

990 Morana, *La salute*, cit., p. 192, nota 92.

991 Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni*, cit., p. 558 s. e nota 3.

992 Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 901.

assoluta; non è quindi l'assolutezza della riserva a dover essere dimostrata, ma la sua relatività.

MORANA trae argomenti in primo luogo testuali: l'espressione “se non per disposizione di legge” non sarebbe 'aperta' a fonti subordinate, come invece sono altre espressioni usate in articoli costituzionali, come “in base alla legge” (art. 23 Cost.) o “secondo disposizione di legge” (art. 97 Cost.).

Inoltre, l'A. ritiene che l'art. 32 costituisca *species* del *genus* dell'art. 23 proprio per sottrarre le particolari limitazioni di libertà che riguardano la salute al regime meno garantistico previsto dall'art. 23. Sarebbe dunque “ragionevole che tale intento garantistico trovi espressione anche in una riserva assoluta di legge”⁹⁹³.

Da un punto di vista sostanziale, del resto, se fosse possibile lasciare alla disciplina regolamentare aspetti come le modalità di svolgimento del trattamento, o i rapporti medico-paziente, questi sarebbero sottratti al giudizio di costituzionalità; in quell'ambito però possono venire sicuramente in rilievo aspetti molto delicati come il 'rispetto della persona umana', costituzionalmente previsto, il che farebbe perdere alla riserva di legge “il peculiare significato garantistico che essa dovrebbe avere in una Costituzione rigida”⁹⁹⁴.

3.3.4. *La riserva di legge: statale o anche regionale?*

La riserva di legge dovrebbe essere riserva di legge statale, non essendo ammissibili differenze di disciplina e di trattamento tra gli individui a seconda della Regione che impone o disciplina il trattamento⁹⁹⁵. Anche chi ritiene trattarsi

993 Morana, *La salute*, cit., p. 194.

994 Morana, *La salute*, cit., p. 197.

995 Così Longo, in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p.

di riserva relativa, sostiene che è la legge statale a dover comunque regolare i principi e le linee essenziali della disciplina, in particolare i presupposti ed i soggetti che sono sottoposti all'obbligo; mentre la legge regionale può validamente intervenire in questa materia solo in 'attuazione' della legge statale, oppure dettando norme di organizzazione o di spesa⁹⁹⁶.

Questa impostazione è la prevalente in dottrina, ed è accolta dalla l. 833 del 1978 (art. 33 secondo comma: “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 (...)” - che fa salve però, all'art. 80, le competenze delle Regioni a statuto speciale⁹⁹⁷), nonché dalla Corte Costituzionale, seppur con formula non univoca (da cui potrebbe ricavarsi un'apertura alla competenza regionale⁹⁹⁸). Secondo MORANA, con la riforma del 2001 del titolo V della Costituzione (che ha modificato la distribuzione delle competenze statali e regionali), il quadro si è modificato, tanto da dover “far giungere ad opposte

667. Cfr. anche Tripodina C., in *Art. 32*, in *Commentario breve*, cit., p. 331: la riserva “parrebbe statale, sembrando inammissibile una regionalizzazione dei trattamenti sanitari obbligatori”.

996 Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 903.

997 Art. 80 l. 833/1978: “Restano salve le competenze statutarie delle regioni a statuto speciale nelle materie disciplinate dalla presente legge. Restano ferme altresì le competenze spettanti alle province autonome di Trento e di Bolzano (...)”.

998 Corte Cost. 27 novembre 1980, n. 154: “L'invocazione dell'art. 32, secondo comma (...) è, a chi ben guardi, un fuor d'opera perché 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, e ne dà conferma l'art. 80, primo comma, della legge n. 833/1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale, che fa salve le competenze statutarie delle Regioni a statuto speciale” (corsivo e sottolineatura miei).

conclusioni”, poiché la competenza sulla 'tutela della salute' è attribuita ora alla competenza concorrente di Stato e Regioni. Dovrebbe quindi essere ammissibile una disciplina legislativa di dettaglio delle Regioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori⁹⁹⁹. La stessa A. pone in evidenza come questo lasci spazio ad alcuni interrogativi: in particolare non è chiaro cosa la legge statale debba necessariamente disciplinare e cosa invece possa essere demandato alla disciplina regionale (lo Stato dovrà comunque individuare almeno i presupposti e i soggetti passivi dei TSO? Oppure potrà, se non vi è un interesse dell'intera collettività nazionale – per una malattia circoscritta nel territorio di un'unica regione, ad esempio – demandare alla Regione l'*an* e il *quomodo* dell'imposizione di TSO nel suo territorio?¹⁰⁰⁰). In definitiva, ci si domanda se possano prevedersi anche 'trattamenti sanitari regionali'. Alcuni autori lo ritengono ammissibile¹⁰⁰¹; altri invece negano la possibilità di

999 L'art. 93, comma 3 della legge 388/2000 avrebbe quindi, secondo Morana, anticipato (incostituzionalmente) la riforma, disponendo l'abrogazione dell'obbligo di vaccinazione antitifica per alcune categorie di lavoratori, ma prevedendo la possibilità per le regioni di disporre l'esecuzione dello stesso vaccino in specifiche categorie professionali, in casi di riconosciuta necessità.

1000 Cfr. Morana D., *La salute*, cit., p. 199.

1001 Cfr. ad es. Zuolo F., *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, pp. 6 s., relazione al convegno “Forum di biodiritto” tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 28-29 maggio 2008, reperibile all'indirizzo web www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2008/forum_biodiritto/Papers/Zuolo.pdf (ultimo accesso in data 13.6.2009): “si può constatare come vi siano disparità a livello regionale che da un lato possono risultare rischiose perché a distanza di pochi chilometri esistono differenti strategie di immunizzazione, e che dall'altro possono essere utili per vedere quale sia la strategia che accomodi più equamente il dissenso, pur mantenendo un alto tasso di vaccinazione”.

disciplina regionale dei trattamenti sanitari obbligatori anche dopo la riforma del titolo V¹⁰⁰².

3.3.5. *Il contenuto della disposizione di legge: la possibilità di imporre solo specifici trattamenti.*

Abbiamo visto che l'obbligo di trattamento sanitario deve trovare fondamento in una disposizione di legge; bisogna specificare che la legge può imporre *determinati* trattamenti sanitari; non può invece imporre un generico obbligo di curarsi, e nemmeno un obbligo generico di curare determinate malattie.

In questo senso si pronunciano molti¹⁰⁰³, tra cui MODUGNO, il quale dice che l'obbligo di sottoporsi a trattamento sanitario, costituendo eccezione al principio, “dovrà risultare espressamente e positivamente imposto *con specificazione dei trattamenti consentiti*”¹⁰⁰⁴. CRISAFULLI

1002 Ad es. Tripodina C., *Art. 32*, in *Commentario breve*, cit., p. 331, che pone però dubitativamente, la questione se l'obbligo statale di TSO possa essere disatteso a livello regionale, in seguito a leggi come la l. regionale Veneto n. 7 del 23 marzo 2007, che sospende per tutti i nuovi nati a far data dal 1° gennaio 2008 nella Regione Veneto l'obbligo vaccinale, rendendolo non più obbligatorio ma solo 'raccomandato'.

1003 Cfr. anche Tripodina C., *Art. 32*, in *Commentario breve*, cit., p. 331: la legge deve necessariamente imporre “trattamenti sanitari determinati, e non mai un generale obbligo di curarsi e mantenersi in buona salute”; e Longo, in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 667: occorre una legge specifica per ogni trattamento.

1004 Modugno F., *Trattamenti sanitari*, cit., p. 308. Cfr. anche Castronovo C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, (relazione al convegno sul tema: “I problemi giuridici dell'assistenza psichiatrica dopo la l. 180”, Regione Emilia Romagna, Bologna 2-3- aprile 1990), in *Jus*, 1990, p. 183, secondo cui “i presupposti per l'applicazione di un trattamento sanitario devono essere sufficientemente determinati: la legge deve

ritiene che le ipotesi di TSO debbano essere previste *specificamente* dalla legge¹⁰⁰⁵ (con l'eccezione vista *supra*, per cui è ammesso in materia il 'potere di ordinanza' per far fronte a situazioni di “urgente necessità pubblica”, in materia sanitaria). BARILE, come altri¹⁰⁰⁶, afferma che la possibilità di imporre un generico obbligo di mantenersi in buona salute riecheggerebbe “ideologie tipiche di regimi non democratici (l'obbligo della perfetta sanità del buon lavoratore o del buon soldato)”¹⁰⁰⁷.

Anche VINCENZI AMATO è conforme a questo pensiero, ed argomenta in modo anche più articolato la sua posizione. L'A. ricorda che la norma costituzionale parla espressamente di un *determinato* trattamento: sarebbe quindi incostituzionale una legge che “anziché determinare singolarmente i trattamenti imposti si limitasse a sancire l'obbligo del malato di curare determinate malattie, o addirittura quello di sottoporsi alle cure che un qualsiasi medico, od anche un consiglio di medici accreditati, ritenga per lui necessarie”¹⁰⁰⁸.

3.3.6. *Il concetto di 'trattamento sanitario'.*

A questo punto va affrontato un tema che, pur non presentando particolari difficoltà, è bene non dare per scontato, poiché dalla definizione di esso dipende il campo di applicazione dello stesso art. 32 Cost.: il concetto di *trattamento sanitario*.

La risposta può ora dirsi pacifica, ma va ricordato come un tempo la maggior parte della dottrina riteneva che fosse

individuare specificamente la fattispecie cui applicarsi”.

1005 Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni*, cit., p. 558.

1006 Cfr. ad es. Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., pp. 174 s. e nota 8, su cui anche *infra*.

1007 Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 385 s.

1008 Vincenzi Amato, *Tutela della salute*, cit., p. 2467.

'trattamento sanitario' solo una cura che si protraesse per un certo tempo, o un intervento chirurgico di una certa importanza, e non invece la sottoposizione ad un controllo medico ovvero la somministrazione di un medicinale o di un vaccino. VINCENZI AMATO, ricordando questi orientamenti, li critica sottolineando come sia errato ritenere che nell'intervento chirurgico vi sia una 'violenza' superiore rispetto a quella operata ad esempio con i farmaci, ed invita a non minimizzare “la violenza apportata con mezzi chimici”¹⁰⁰⁹.

Anche PANUNZIO¹⁰¹⁰ sottolinea che “il progresso della scienza medica sotto l'aspetto farmacologico – anche per quanto riguarda la utilizzazione di sostanze chimiche – ha fatto sì che la rilevanza del trattamento medico sotto il profilo della sua incidenza sull'organismo del paziente non dipende affatto dalla durata nel tempo del trattamento stesso, o dal grado – per così dire – di 'violenza esterna' o di dolorosità”.

Ora la dottrina prevalente sembra concordare con le tesi espresse da VINCENZI AMATO. Per dirla con MORANA, la nozione di 'trattamento sanitario' risulta comprensiva “non solo dei trattamenti curativi (di un processo morboso in atto) e riabilitativi (volti al recupero dell'integrità fisica intesa in senso funzionale), ma anche di quelli effettuati a titolo di prevenzione”, e comprende tanto le attività terapeutiche quanto quelle diagnostiche, “ed in generale tutti gli accertamenti

1009 Vincenzi Amato, *ibidem*, pp. 176 s., nota 10.

1010 Riprendendo un'osservazione di Vincenzi Amato, *Art. 32 - secondo comma*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 176. E' seguito sul punto, tra gli altri, da Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 303 s., il quale sottolinea anche come “la interpretazione 'lata' della espressione 'trattamento sanitario' è, del resto, confermata dalla più recente legislazione e, in particolare, dall'art. 33 della legge 23.12.1978, n. 833 (...) che equiparano, nella comune disciplina, gli 'accertamenti' e i 'trattamenti sanitari' ” e Morana, *La salute*, cit., p. 173.

sanitari, purché presentino un'immediata attinenza con la salute del soggetto e la finalità di tutela di essa”¹⁰¹¹. MORANA aggiunge che non rilevano, ai fini della configurazione come trattamento sanitario, le modalità di realizzazione dello stesso, né il carattere eventualmente prodromico rispetto ad una possibile attività terapeutica successiva. Vi rientrano quindi, per l'A., “tanto le visite mediche quanto le vaccinazioni, le misure di isolamento e ricovero o gli accertamenti sierologici del sangue per la profilassi di malattie infettive e diffuse”¹⁰¹².

Riprendiamo qui anche quanto accennato *supra*, al par. 1: la misura, per essere considerata 'trattamento sanitario', deve comportare una effettiva restrizione della 'libertà di salute'; in caso contrario, si tratterà dell'imposizione di un obbligo, ma non sarà sottoposta alla disciplina dell'art. 32, bensì solo a quella (meno garantista) dell'art. 23 Cost.

3.3.7. Il limite del rispetto della persona umana, ed alcuni conseguenti parametri di legittimità costituzionale della legge che imponga trattamenti sanitari obbligatori.

MORTATI ricorda come l'inserimento nell'art. 32 di questa disposizione (“La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”) fu oggetto di accese discussioni in seno all'Assemblea costituente. Vi era infatti chi, come l'on. Martino, criticava la “eccessiva genericità della formula, che avrebbe potuto impedire misure necessarie alla salute pubblica in nome di concezioni morali accolte solo da determinati settori della popolazione”¹⁰¹³, e chi, come l'on.

1011 Morana, *La salute*, cit., p. 172. Cfr. anche Corte Cost. 218/1994.

Con particolare riferimento alla visita medica come 'trattamento', cfr. Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 180, nota 4.

1012 Morana, *La salute*, cit., pp. 173 s.

1013 Così ricorda Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione*

Grassi, contestava l'inserimento della disposizione considerandolo inutile, “perché volto ad un dettaglio in cui la Costituzione non dovrebbe entrare”, o comunque assurdo perché possono esservi pratiche sanitarie lesive e che costituiscono tuttavia una necessità per determinate persone¹⁰¹⁴. Chi sosteneva la posizione che fu poi sostanzialmente accolta nel testo definitivo replicava che con questa disposizione non si voleva certo negare la possibilità che il singolo consentisse a determinate pratiche sanitarie che risultassero necessarie per la sua salute. Il fine della norma era invece quello di “vietare che la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi” potesse *imporre* un trattamento non rispettoso della persona umana. “I casi (...) di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana”¹⁰¹⁵.

Tra i primi commentatori, LESSONA riprende le critiche che erano state fatte in Assemblea costituente alla disposizione, anzitutto sotto il profilo tecnico, trovandola “formula terribilmente vaga”, tanto da destare preoccupazione per la sua difficile applicazione, poiché bisognerà ricercare il limite da essa delineato “considerando l'opinione pubblica dominante su problemi concreti nel periodo storico di cui si tratta”, ed è evidente come questa “ricerca della coscienza collettiva è sempre estremamente ardua, mentre non è da nascondersi che pur nell'animo del giudice più obiettivo influirà fatalmente il

italiana, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, p. 441 (già pubblicato in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, pp. 1-10).

1014 Così l'on. Grassi, come riportato da Morana, *La salute*, cit., p. 201, nota 112.

1015 Moro, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, a cura di Stefano Maria Cicconetti et al., VI, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato generale, 1971, pp. 203 ss., riportato da Morana, *La salute*, cit., p. 201, nota 112 (corsivo mio).

proprio intimo convincimento su argomenti di massima delicatezza”¹⁰¹⁶.

LESSONA si interroga però anche sulla – a suo avviso – dubbia opportunità di inserire nella Costituzione una norma di quel tipo. Ricorda come essa sia stata inserita non “come formulazione di una metafisica” ma “in rapporto a problemi concreti”. Non mirava tanto ad evitare pratiche naziste, quanto a risolvere “quei gravi problemi giuridici e morali i quali possono presentarsi allo Stato in materia sanitaria tra cui vennero considerati: le questioni attinenti alla visita pre-matrimoniale, alla sterilizzazione obbligatoria invocata come profilassi per molte malattie ritenute ereditarie, alle pratiche di fecondazione artificiale con seme del coniuge o di donatore estraneo”¹⁰¹⁷. Fu considerato, insomma, “più come problema religioso cattolico che come problema etico-sociale”¹⁰¹⁸. LESSONA ritiene che, per interpretare correttamente la norma, debba intendersi che si vuole con essa stabilire la prevalenza dell'individuo e della sua dignità personale rispetto all'interesse pubblico.

L'A. critica proprio questo, della disposizione: a suo parere talvolta, nel frequentissimo conflitto tra interesse del singolo e della collettività, *deve* essere sacrificato proprio l'interesse individuale, “così come accade quando si chiede al cittadino soldato di offrire la sua vita per la difesa della collettività”¹⁰¹⁹. Può essere necessario, per l'A., sottoporre l'individuo a trattamenti sanitari per preservare l'intero corpo sociale¹⁰²⁰: e non è opportuno che la Costituzione neghi questa

1016 Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione*, a cura di Calamandrei e Levi, I, Firenze, 1950, p. 336.

1017 Lessona, *La tutela*, cit., p. 337.

1018 Lessona, *ibidem*, p. 339.

1019 Lessona, *ibidem*, p. 338.

1020 Lessona, *ibidem*: “Chi può dire a priori che il grado di intensità

possibilità. “Bisogna avere il coraggio di ammettere che la dignità umana, che il rispetto della persona possono essere sacrificati nell'interesse della collettività, quando ciò sia strettamente ritenuto necessario e nei limiti della constatata necessità”: la norma in questione gli sembra “fuori dalla logica e dalla realtà”. LESSONA sostiene che i principi “più fondamentali” su cui si basa lo Stato moderno siano *regole*, non dogmi, e debbano essere sacrificati ove si presentino situazioni di necessità. Al contrario, “far penetrare nella Costituzione dello Stato una norma che si ispira ad una legge indefettibile, ad un principio extra e superstatale è errore di tecnica”.

Queste riflessioni sono piuttosto risalenti, e denotano una prospettiva che non sembra essere giunta indenne fino al giorno d'oggi: si può dire sia ormai superata, da dottrina e giurisprudenza, quantomeno nelle sue espressioni più dure e schiette, che affermano senza remore la sacrificabilità della dignità della persona (anche se viene spontaneo chiedersi se la differenza non stia solo nel fatto che in passato ci si esprimeva con maggior schiettezza: a ben vedere, affermazioni come quelle di LESSONA non si sentono più, però si ritiene ancora legittimo e naturale chiedere alle persone di sacrificare la propria vita per lo Stato, da soldati – seppur con la notevole differenza che il servizio militare non è più obbligatorio).

Vediamo, proseguendo, come è stato interpretato questo limite, un decennio più avanti, da MORTATI. La sua posizione si differenzia da quella di LESSONA, ma anch'essa risulta – a mio parere – dissonante rispetto all'attuale opinione comune. Egli ritiene infondato il timore (espresso proprio da LESSONA) che il limite del rispetto della persona umana possa impedire allo Stato di intervenire nel caso in cui si presentasse l'urgenza di far prevalere l'interesse pubblico su quello individuale; questo,

dell'interesse pubblico non possa giungere ad un punto tale da imporre il sacrificio della dignità della personalità umana (...)?”

secondo MORTATI, non succederebbe se si interpretasse la norma “in armonia con il 1° comma dell'art. 32 e con i principi fondamentali, là dove essi esplicitamente pongono una correlazione fra diritti e doveri”¹⁰²¹.

Per quanto riguarda la presunta genericità della norma, l'A. ritiene che effettivamente sarà soggetta ad assumere “contenuti variabili nel tempo secondo l'evoluzione della coscienza popolare; ritiene però che questa 'elasticità' non possa considerarsi 'illimitata', poiché deve rispettare i vincoli posti dal sistema costituzionale nel suo complesso.

Rispetto alla sua presunta inutilità, invece, MORTATI ritiene che l'utilità della norma stia nel rendere possibile la repressione di eventuali abusi da parte del legislatore, “mediante la prefissione di un criterio, sia pure generico, ma sufficiente ad indirizzare, almeno nelle grandi linee, i giudizi di qualificazione da effettuare nei singoli casi”¹⁰²².

L'A. individua, come discendenti dal limite del rispetto della persona umana, alcuni accorgimenti cui attenersi per quanto riguarda la modalità di effettuazione del trattamento: esso deve, per quanto possibile, rispettare il diritto alla riservatezza e al pudore della persona¹⁰²³.

Quello che lascia perplessi, nel ragionamento di questo autore, sono però le sue precisazioni sull'applicazione da darsi in concreto a questo limite. In particolare, egli adotta come esempio la sterilizzazione coatta: pratica che ha avuto la più tristemente nota applicazione nella Germania nazista, dove era utilizzata esplicitamente allo scopo di 'purificare la razza'¹⁰²⁴.

1021 Mortati, *La tutela*, cit., p. 441. Non mi risulta chiaro, però, in base a quali ragionamenti l'A. giunga a questa conclusione.

1022 Mortati, *ibidem*, p. 442.

1023 Mortati, *ibidem*, pp. 444 s.

1024 Tra l'altro, contraddicendo quanto affermato da Lessona, Mortati afferma che risulta dai lavori preparatori della Costituzione che la disposizione venne promossa proprio pensando alla sterilizzazione

Egli ritiene che l'incompatibilità di questa pratica con il principio del rispetto della persona umana stia “non già nel fatto puro e semplice della permanente menomazione fisica che da essi consegue, ma per il movente di discriminazione razziale da cui erano promossi, o comunque perché tendevano a soddisfare solo un presunto interesse della società, trascurando del tutto quello del singolo cui l'obbligo era imposto”. Da questa osservazione fa discendere che, ove invece il motivo fosse diverso (più 'buono' verrebbe da dire¹⁰²⁵), la sterilizzazione coatta *non* sarebbe irrispettosa della persona umana. Afferma infatti: “sembra debbano ritenersi non vietati dall'art. 32 u.c. trattamenti [del tipo della sterilizzazione coatta] che si spingano fino ad imporre mutilazioni, o altre menomazioni irreparabili dell'integrità fisica”. Questo, secondo l'A., sempre che siano rispettati di alcuni parametri, che egli individua in 1) che il trattamento non sia promosso da intento discriminatorio; 2) che sia utile non solo alla società (eliminando i pericoli derivanti dallo stato morboso, “in particolare la propagazione di determinate anormalità ad altri soggetti, anche se solo potenziali, come per es. la *prole generabile da alienati*”), ma che abbia *anche un effetto benefico “fisico ma anche solamente morale”* per l'individuo che lo subisce; 3) che sia scientificamente accertata la effettiva “potenzialità del danno sociale” che sarebbe causato dalla malattia, e che sia normalmente prevedibile “che la sua eliminazione si renda possibile solo attraverso l'imposizione di quel determinato intervento sanitario”¹⁰²⁶.

Conclude ricordando, a sostegno della sua idea, che in paesi “che pure sono rispettosi della persona” come gli Stati Uniti o la Norvegia, vi erano norme autorizzative della

eugenetica nazista.

1025 E pare sempre pericoloso fare affidamento sulla bontà delle intenzioni...

1026 Mortati, *La tutela*, cit., p. 443 (corsivo mio).

sterilizzazione obbligatoria in casi particolarmente gravi¹⁰²⁷, ed osservando come forse sia più rispettoso della persona sterilizzare uno “psicopatico recidivo in reati sessuali che sia considerato inguaribile” e lasciarlo libero dopo che abbia scontato la pena, piuttostochè tenerlo in reclusione perpetua.

Stupisce, tra le altre cose, come l'A. ritenga possibile che un intervento coattivo possa andare a beneficio *morale* della persona: sarebbe forse meglio ammettere che si ritiene che il benessere di un soggetto possa essere valutato oggettivamente da *altri*, invece che cercare di mitigare questo pensiero nascondendolo dietro un presunto 'beneficio morale' della persona: in primo luogo perché l'eventuale beneficio 'morale' sarà ancor più difficile da individuare 'oggettivamente' rispetto al presunto beneficio fisico¹⁰²⁸, e in secondo luogo perché sembra – a mio parere – davvero poco credibile che un trattamento sanitario non semplicemente imposto, ma altresì *coattivo* – cioè attuato contro la volontà della persona, anche a costo di usare la forza fisica per costringerla – nonché incidente

1027 Mortati scriveva nel 1961; ignoro come le disciplina di questa materia si sia sviluppata nel corso degli anni in questi Paesi.

1028 Cfr. in questo senso anche Luciani, *Il diritto costituzionale*, cit., p. 780, nota 46, il quale vede con “forti perplessità” la tesi di Mortati, chiedendosi: “come si può valutare *oggettivamente* il beneficio morale che il singolo prova, se egli stesso, nel suo interno e *soggettivo* giudizio lo ritiene inesistente? E come evitare i rischi di un'interpretazione 'larga' degli interessi della collettività che giustificano l'intervento?”. Analogamente Algostino A., *I possibili confini del dovere alla salute*, (nota a Corte Cost. 18 aprile 1996, n. 118), in *Giur. cost.*, 1996, p. 3213, nota 21: “le perplessità sorgono soprattutto laddove l'Autore fa riferimento al beneficio 'morale': tale espressione, infatti, se da un lato manca di chiarezza e, dunque, si presta ad interpretazioni pericolosamente estensive, dall'altro appare, per lo meno nel caso del capace di intendere e di volere, lesiva del rispetto della volontà dell'individuo quando pretende di sostituirsi a lui nel valutare i suoi sentimenti”.

su un aspetto così delicato della persona umana, come la possibilità di generare, possa andare a 'beneficio morale' della stessa.

Muovendoci ancora in ordine cronologico, vediamo le riflessioni di VINCENZI AMATO (del 1976) in proposito. L'autrice ritiene che dall'esigenza di rispetto della persona umana discenda, anche in applicazione del fondamento personalistico dell'ordinamento costituzionale, che l'uomo non possa mai essere solo un *mezzo* per soddisfare un interesse della collettività: e da questo deriva che i trattamenti sanitari imposti devono essere diretti alla cura ed alla prevenzione delle malattie. La stessa origine storica del principio – afferma VINCENZI AMATO – espresse “la rivolta contro l'utilizzazione di misure sanitarie a tutela di interessi estranei alla sfera della salute”¹⁰²⁹.

Un ulteriore limite che deriva dal principio è che non è sufficiente che il trattamento sia indirizzato alla tutela della salute in generale, ma che esso deve anche favorire direttamente quella del singolo che è chiamato a subirlo¹⁰³⁰. In un saggio successivo (1982), riprendendo l'argomento, l'A. conferma le sue riflessioni precedenti, arricchendole di alcuni spunti. Ad esempio osserva che la legittimità dell'imposizione deve essere valutata anche sulla base delle possibili cure alternative: se esistenti e meno gravose, si dovrà dubitare della legittimità dell'imposizione di uno specifico trattamento; inoltre ricorda che l'applicazione coattiva è giustificabile solo nella misura in cui sia “assolutamente necessaria per scongiurare la diffusione di una grave malattia in atto”.

Richiama altresì l'attenzione (come già MORTATI) sulle modalità di attuazione del trattamento: si dovranno rispettare la scelta e le esigenze della persona (“per quanto possibile”),

1029 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., pp. 172 s.

1030 Vincenzi Amato, *ibidem*, pp. 173 s.

andranno assicurati i suoi rapporti con l'esterno, non dovranno essere sacrificati i suoi diritti civili e politici, dovrà essere rispettato senso del pudore e riservatezza (l'A. nota come l'art. 33 della l. 833/1978 sia pensato proprio per essere conforme a questi principi costituzionali)¹⁰³¹.

PANUNZIO (1979) fa discendere dal principio del rispetto della persona umana la necessaria 'generalità' dei trattamenti sanitari imposti, per evitare ogni differenziazione non fondata “su fattori diversi da quelli che specificamente e direttamente attengono alla malattia da curare o da prevenire”.

Inoltre egli, come VINCENZI AMATO, trae dal principio la conseguenza per cui i TSO devono avere per scopo “innanzitutto la salute di chi è sottoposto al trattamento”, perché “l'uomo (...) è fine e non mezzo dell'azione dei pubblici poteri”. Ma da questo, insieme al “conseguente principio di garanzia della sua consapevole autodeterminazione, in cui si sostanzia la dignità della persona”, trae anche la conseguenza che “allorquando è in gioco *soltanto* la salute del singolo, questi non può essere costretto a subire un determinato trattamento sanitario. Se non vi è un diritto riflesso sulla salute dei terzi – salvo poi stabilire se tali debbano considerarsi anche gli eventuali discendenti, oltre che i soggetti indeterminati o determinati già appartenenti alla collettività – sussiste per l'individuo una situazione di libertà costituzionale garantita, che efficacemente (seppure non propriamente) si è anche definita come 'diritto ad essere malato’”¹⁰³². Questo conformemente ai “principi informatori della forma di stato, in particolare l'impronta non soltanto solidaristica, ma in parte anche garantistica nel senso della tradizione liberale, assunta dalla Costituzione soprattutto in relazione alla disciplina dei limiti

1031 Vincenzi Amato, *Tutela della salute*, cit., p. 2471.

1032 Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 903 s. (corsivo mio). Il riferimento è a Mortati, *La tutela*, cit., p. 437.

della libertà individuale: onde la libertà è la regola, che può essere derogata solo in funzione di un superiore interesse collettivo direttamente rilevante”¹⁰³³.

MODUGNO (1982) svolge una serie di riflessioni che tendono ad ampliare notevolmente la portata del limite del rispetto della persona umana. Egli, accogliendo l'elaborazione proposta già da VINCENZI AMATO e PANUNZIO (e di MORTATI per quanto riguarda le modalità di esecuzione del trattamento), vi aggiunge alcune considerazioni. Ritiene infatti che i parametri del rispetto della persona umana mutino nel corso del tempo, e che vadano rinvenuti nel – a sua volta mutevole – concetto di persona umana e nei suoi valori, facendo riferimento “a quei settori o schemi di valori che la Costituzione prevede e garantisce”. Innanzi tutto, quindi, la 'dignità' di cui all'art. 3 Cost., che a sua volta si concretizza nei 'diritti inviolabili dell'uomo come singolo' di cui all'art. 2 Cost., tra cui vi è ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di coscienza, la libertà religiosa. Il rispetto della persona umana si sostanzia quindi, per MODUGNO, “nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che più di ogni altro valore – pur nella loro storica mutevolezza e proprio anzi al precipuo fine di rendere possibile il movimento e lo sviluppo nell'attuazione della personalità (art. 3 cpv. Cost.) – rappresentano il patrimonio più geloso ed autentico del singolo e il contenuto della sua dignità”¹⁰³⁴.

L'A. ammette che ove il trattamento sia imposto *anche* al fine di salvaguardare la salute di terzi¹⁰³⁵, occorrerebbe operare

1033 Panunzio, *ibidem*, pp. 903 s.

1034 Questa affermazione è ripresa anche da Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 387, il quale però non si sofferma con particolare attenzione sulle conseguenze di questa posizione.

1035 Modugno sembra ritenere in astratto possibile l'imposizione di trattamento sanitario anche nel *solo* interesse del singolo, ma a patto che questo non contrasti con la coscienza del soggetto (cosa che

un bilanciamento tra il valore costituzionale della tutela della salute collettiva e quello del rispetto della persona umana. Sembra però di capire che questo bilanciamento sia inutile se, come afferma l'autore, tra questi il secondo valore è “comunque preminente”, e sarebbe incostituzionale “una legge che imponga un determinato trattamento sanitario all'individuo (...) in contrasto con le sue convinzioni ideologiche o religiose, anche se a necessaria tutela della salute collettiva, ma al di fuori dei limiti del rispetto della persona umana”¹⁰³⁶. Non appare quindi del tutto chiaro se secondo MODUGNO sia possibile che l'interesse collettivo prevalga sul rispetto della persona umana oppure no, anche se sembrerebbe sostanzialmente negarlo; probabilmente questa poca chiarezza è dovuta al fatto che l'A. nel suo scritto, aveva come obiettivo negare che fossero possibili trattamenti sanitari obbligatori nel *solo* interesse dell'individuo singolo, se contrastanti con le sue intime convinzioni¹⁰³⁷, per cui alcune considerazioni su problemi distinti sono espresse come *obiter* più che come argomentazione vera e propria.

Anche CRISAFULLI (1982) accoglie una posizione in parte analoga, seppur con rilevanti distinguo. Egli osserva, ma dubitativamente, che non è escluso che si possa far rientrare, nel limite del rispetto della persona umana, anche il rispetto della libertà di coscienza (art. 19 Cost.). Questa sarebbe, per l'A., una interpretazione estensiva, “ma non arbitraria”, essendo tale diritto “anche storicamente (...) inerente alla persona”. Però CRISAFULLI, diversamente da MODUGNO, afferma con

sembra però nei fatti essere poco realistica, in quanto se il trattamento imposto perde forza cogente al solo rifiuto del soggetto, non si tratterebbe più di un'imposizione...). Sembrerebbe forse più lineare negare in radice un'imposizione di quel tipo.

1036 Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 315.

1037 Egli argomenta, come specificato anche nel titolo, “a proposito del rifiuto di trasfusioni obbligatorie” da parte dei Testimoni di Geova.

chiarezza che “ove sorgesse un contrasto tra il principio dell'art. 19 e un interesse generale, (...) è quest'ultimo interesse (in quanto generale) che dovrebbe essere preferito”¹⁰³⁸.

Da ultimo MORANA (2002), nell'affrontare il tema, si confronta proprio con quest'ultima tesi, prendendone le distanze. La critica, richiamando le parole di MODUGNO in proposito, poiché ritiene eccessivo interpretare la formula dell'art. 32 secondo comma come “nozione riassuntiva dei diritti costituzionalmente garantiti”. Secondo l'autrice le opinioni, le credenze, il convincimento dei singoli *possono* risultare in contrasto con la scelta legislativa di imporre un TSO, sempre che l'imposizione del trattamento costituisca “l'unica modalità per scongiurare un danno alla salute della collettività”. La legge che lo prevede, nei limiti i cui questo si riveli necessario e proporzionato allo scopo da raggiungere, dovrà dirsi perciò costituzionalmente legittima¹⁰³⁹.

MORANA interpreta il principio costituzionale come attinente piuttosto alla relazione medico-paziente, alle modalità e ai tempi del trattamento, alla riservatezza dei dati sanitari: insomma “alle varie e concrete circostanze che rilevano nello svolgimento della singola attività terapeutica o profilattica”, avvicinandosi in ciò alle tesi di MORTATI. Nega, inoltre, che il concetto di 'rispetto della persona umana' ex art. 32 Cost. sia equivalente a quello di pari dignità 'sociale' ex art. 3 Cost., perché attribuito non solo ai cittadini ma a chiunque in quanto 'persona umana'; non equivale nemmeno al concetto di rispetto della dignità 'umana' ex art. 36 Cost. e 41 Cost. Da questo punto di vista ritiene che il rispetto della persona umana vada oltre il divieto di ledere la dignità dell'uomo, “giungendo a coprire anche (...) le esigenze collegate al pudore della persona sottoposta al trattamento sanitario ed alla riservatezza delle

1038 Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni*, cit., p. 562.

1039 Morana, *La salute*, cit., pp. 202 s.

notizie che concernono il suo stato di salute”¹⁰⁴⁰.

Inoltre, per quanto riguarda il principio per cui l'uomo non è mai *mezzo* per soddisfare un interesse della collettività¹⁰⁴¹, con la conseguenza che i TSO impostigli devono andare in primo luogo a suo vantaggio, MORANA propone alcuni spunti interessanti. L'A. esamina la regola per cui il TSO non deve andare mai a svantaggio della salute di chi vi è sottoposto, per capire se nella pratica questo principio trovi o meno applicazione. Anzitutto, MORANA rileva che è possibile si abbiano casi in cui il trattamento è utile alla collettività ma non danneggia né migliora la salute del singolo; in tal caso, perché l'imposizione sia legittima, sarà necessaria una valutazione più rigida della proporzionalità del trattamento rispetto agli scopi perseguiti e della finalità stessa per cui si impone il trattamento.

In secondo luogo affronta il caso, più complesso, in cui il TSO imposto causi un danno alla salute del singolo (ciò può verificarsi, ad esempio, nel caso di alcune vaccinazioni obbligatorie¹⁰⁴²). In questo caso “il pur ragionevole (e in questo caso necessario) bilanciamento dei valori in gioco, mostra tutta la sua inadeguatezza a soddisfare la domanda di 'assolutezza' di cui i valori, per definizione, sono portatori”¹⁰⁴³. Infatti, l'interesse della collettività alla salute *non* postulerebbe che il singolo si debba sacrificare per gli altri; però – di fatto – si ammette¹⁰⁴⁴ che in alcuni casi sia così, limitandosi a 'compensare' l'avveramento del rischio di essere danneggiato da un TSO tramite la predisposizione di un sistema di indennizzi.

1040 Morana, *ibidem*, pp. 204 s.

1041 Su cui, *ex multis*, Vincenzi Amato e Panunzio, *supra*.

1042 In particolare la vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di vita. Sull'argomento cfr. più approfonditamente *infra*.

1043 Morana, *La salute*, cit., pp. 180 s.

1044 Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale che saranno espone *infra*, al par. 3.5.2., ove si tratterà più approfonditamente questo tema.

Insomma, le ipotesi di conflitto tra interesse collettivo ed individuale alla salute vengono talvolta risolte nel concreto con una “scelta tragica”, facendo prevalere l'interesse collettivo.

3.4. Le finalità legittime del trattamento sanitario obbligatorio.

3.4.1. Teorie a confronto.

Il tema – cruciale – delle finalità legittime in base alle quali può imporsi un trattamento sanitario è stato già affrontato, in particolare nel paragrafo che precede. Non può essere trattato come un tema a sé stante, poiché è intimamente collegato all'insieme di principi e di regole che emergono dall'analisi dell'articolo 32 Cost. nel suo complesso, ed in relazione ad altri articoli costituzionali e più in generale allo spirito della Costituzione.

Trattandosi però di argomento di assoluta rilevanza nel contesto della nostra analisi, in questo paragrafo cercherò di focalizzare l'attenzione su di esso, estrapolando da quanto visto sinora e da ulteriori spunti delle indicazioni per prendere posizione in merito alla difficile questione.

Come visto al paragrafo precedente, il limite del rispetto della persona umana e l'enunciazione della salute come diritto fondamentale comportano che in primo luogo il trattamento sanitario non debba deteriorare la salute di chi è sottoposto ad esso (cfr. però quanto fatto notare da MORANA al par. precedente, e dalle sentenze della Corte Costituzionale 307/1990, 258/1994, 118/1996, su cui *infra*).

Quello che ci accingiamo ora a studiare è il diverso problema del 'in nome di cosa' si può violare la libera autodeterminazione di un soggetto nell'ambito della propria

salute. In primo luogo bisogna dire che sembra esservi una sostanziale convergenza della prevalente dottrina e della giurisprudenza costituzionale su certi aspetti del tema. E' dalla maggioranza di questi infatti affermato senza remore che l'*unica* finalità che possa legittimamente giustificare i trattamenti medici è quella di tutelare la *salute altrui*¹⁰⁴⁵ (tenendo fermo al contempo il principio per cui i trattamenti devono andare anche a vantaggio della salute di chi vi è sottoposto). Vi sono poi divisioni su che cosa può intendersi per *salute altrui*: se debba trattarsi di pericolo per la collettività nel suo complesso (pericolo di epidemia, ad esempio) oppure se possa trattarsi di pericolo per alcune persone, ad esempio i soli familiari del malato, o magari i suoi eventuali *discendenti*.

Analizzeremo la posizione dei principali autori che si sono occupati dell'argomento, riportando convergenze di fondo e sostanziali divergenze tra essi, ed affronteremo in seguito le principali sentenze della Corte Costituzionale in merito.

Per quanto riguarda i fini legittimi per l'imposizione di TSO, LESSONA (1950), di cui abbiamo visto le posizioni *supra* in tema di rispetto della persona umana, osserva che “l'optimum consisterebbe nell'obbligare a curarsi chiunque sia malato e ciò anche quando la malattia non costituisce pericolo sociale diretto. Questo perché tanto migliore sarà la vita di una società quanto migliore sarà la condizione della salute fisica degli individui che la compongono”, ma – forse con un po' di rammarico – l'A. ammette che “a tanto non si ritiene di poter giungere”¹⁰⁴⁶.

MORTATI (1961), sul punto, si domanda se sia possibile desumere dall'articolo 32 (che secondo la sua interpretazione

1045 Ma si vedano *infra* in questo stesso paragrafo anche le posizioni di chi si oppone a quest'interpretazione: in particolare Pizzi A., *Malattie mentali e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978, spec. p. 13, nota 15.

1046 Lessona, *La tutela*, cit., p. 335.

comporterebbe per la Repubblica “l'obbligo di tutelare la salute quale *fondamentale interesse* della collettività”¹⁰⁴⁷), e dai principi di cui all'art. 4 Cost.¹⁰⁴⁸, “che sanciscono il dovere di svolgere una attività o funzione che concorra al progresso della società”, la legittimità di TSO miranti a tutelare la salute del singolo nel suo solo interesse. La risposta che dà MORTATI è affermativa¹⁰⁴⁹ nel solo caso in cui l'imposizione del trattamento sia una coazione solo indiretta, lasciando il soggetto libero di scegliere se subire il trattamento oppure rinunciare al diritto all'assistenza “sancito in via generale a favore degli indigenti e dei lavoratori dall'art. 38 Cost.¹⁰⁵⁰, (...) non

1047 Mortati, *La tutela*, cit., pp. 436 s. (corsivo mio). In ciò si contrappone all'opinione oggi prevalente, che vede l'aggettivo 'fondamentale' dell'art 32 qualificare esclusivamente il diritto individuale, e non invece anche all'interesse della collettività.

1048 Art. 4 Cost. La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità è la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

1049 Mortati sembra così ammettere che vi siano limiti impliciti ai diritti sanciti dalla Costituzione, non espressamente previsti dalle norme costituzionali. *Contra, ex multis*, Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 311, e Vincenzi Amato, *Tutela della salute*, cit., pp. 2467 s. Quest'ultima afferma che, anche ammettendo che i limiti siano ricavabili implicitamente dai principi costituzionali, essi richiedano almeno “di esser tradotti in specifiche disposizioni di legge”.

1050 Art. 38 Cost. Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza

potendosi ammettere che la società sia costretta a sopportare l'onere delle prestazioni assistenziali pur quando esse si sarebbero potute evitare od attenuare, se non fosse intervenuto il rifiuto dell'interessato”¹⁰⁵¹. MORTATI comunque è consapevole della delicatezza del problema, per cui un rifiuto 'immotivato' di sottostare a certi trattamenti farebbe perdere il diritto del soggetto all'assistenza sanitaria. Per cui auspica che il giudizio sulla fondatezza delle ragioni di chi vuole sottrarsi al trattamento non sia affidato a chi vuole imporlo, ma a persona terza, e che esso possa avere “un carattere di obiettività, e quindi [sia] basato su criteri tecnici”¹⁰⁵².

MORTATI non ritiene invece che “l'interesse sociale collegato con la prestazione dell'attività lavorativa sia *di per sé* sufficiente a giustificare l'imposizione dell'obbligo di mantenersi in buona salute e di assoggettarsi a quanto si renda necessario a tal fine”; questo perché egli non ritiene che al “dovere al lavoro” si accompagnino sanzioni giuridiche (quantomeno nella legislazione vigente: a suo parere però l'art. 4 Cost. non esclude con certezza un “principio di tal genere”¹⁰⁵³). In definitiva MORTATI sembra ammettere la possibilità di una limitazione implicita della libertà di salute (anche se comunque solo 'a sanzione indiretta'), pur nel solo caso specifico sopra riportato: per il resto adotta il principio generale per cui limiti alla libertà di salute possono essere posti solo se esplicitamente previsti dalla Costituzione.

MERLINI (1970) concentra l'analisi sulla legittimità dei

privata è libera.

1051 *Contra* si veda Corte Cost., sent. 180/1994, su cui v. anche *infra*, che ritiene “neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in (...) funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili”.

1052 Mortati, *ibidem*, p. 438.

1053 Mortati, *ibidem*, p. 439.

fini per quanto riguarda i soli TSO coattivi. Egli esclude che essi siano ammissibili quando mirano a salvaguardare solamente la salute del singolo; li ritiene ammissibili “solo quando attraverso di essi si tenda a tutelare l'*integrità fisica* della generalità dei cittadini” o della “salute pubblica”¹⁰⁵⁴. Il termine 'integrità fisica', usato dall'A., ha un significato, a rigore, sensibilmente diverso da quello dell'espressione 'salute pubblica', usata in seguito, o 'salute degli altri componenti della collettività' usata da VINCENZI AMATO. L'A. però non sembra voler sottolineare questa differente accezione (anche perché usa indifferentemente ora una ora l'altra espressione); mi pare, quindi, non doversi leggere nell'espressione usata una precisa volontà di discostarsi dalla interpretazione prevalente, che parla di salute più che di integrità fisica; forse l'uso dell'espressione 'integrità fisica' sottende comunque una interpretazione di 'salute' come concernente in particolar modo l'integrità fisica.

VINCENZI AMATO (1976), commentando l'art. 32 Cost., ha affermato che i trattamenti sanitari obbligatori possono essere imposti solo ove ciò sia necessario per tutelare l'*interesse collettivo*'¹⁰⁵⁵. L'A. giunge a questa conclusione sulla base di una lettura congiunta del primo e secondo comma dell'art. 32, per cui la salute è tutelata quale “diritto del cittadino ed interesse dalla collettività” (nonché dal rispetto del limite del rispetto della persona).

L'*interesse collettivo alla salute* di cui all'art. 32, potrebbe intendersi in modi anche molto diversi tra loro, per cui bisogna intendersi sulla sua portata. VINCENZI AMATO fa notare che la salute individuale ha sicuramente ripercussioni sul 'benessere sociale' che “vanno assai oltre la possibilità di diffusione e di trasmissione delle malattie”. Infatti, a ben vedere, la salute del

1054 Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, pp. 82 s. (corsivo mio).

1055 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 174.

singolo “condiziona la produttività dell'individuo stesso e l'adempimento dei suoi doveri nell'ambito dello Stato e delle comunità minori di cui fa parte”. E' evidente che “l'individuo malato rappresenta o può rappresentare un peso per la collettività, ed in alcuni casi anche un pericolo per la incolumità, la moralità, la proprietà stessa dei cittadini”. Per questo, “la tutela della salute del singolo è non solo in funzione di sé stessa, ma in funzione del benessere e dell'ordine sociale”¹⁰⁵⁶.

Chiarito questo, l'A. nega però che questo tipo di 'benessere sociale' possa giustificare l'imposizione di un trattamento sanitario al singolo. I 'diritti sociali' sono attribuiti al fine di realizzare una società fondata sulla solidarietà e la piena partecipazione di tutti alla vita del Paese (art. 2, 3 e 4 Cost.). I diritti e le libertà attribuiti dalla Costituzione debbano essere ricostruiti sulla base di questo modello, e al contrario, le limitazioni a questi diritti non possano essere tratte da principi generali, come il richiamo all'interesse generale. Infatti questo “significherebbe in realtà modificare il modello stesso: poiché è evidentemente un modello di società diverso da quello sopra detto quello in cui l'ordine, la partecipazione (fittizia) alla vita del paese ed il benessere stesso dei cittadini si realizza con l'imposizione”¹⁰⁵⁷. Se così non fosse, sarebbe ammissibile “qualsiasi trattamento atto a modificare in senso positivo [la

1056 Vincenzi Amato, *ibidem*.

1057 Analogamente, si veda Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 385 s., su cui anche *supra* al par. 3.4. Esprime un'ottica opposta invece la sentenza Cass. pen., sez. I., sent. 29 maggio 2002, Volterrani, CED 222581: “per il legislatore l'uomo non è illimitatamente *dominus membrorum suorum* perché la sua validità ed efficienza psichica sono considerate dal diritto di importanza fondamentale per l'esplicazione delle funzioni sociali e familiari assegnategli e per il contenimento dei costi gravanti sulla collettività costretta a sopperire deficienze di questo o quello dei suoi membri”. Su di essa si veda anche *infra*.

salute del singolo]”, e si potrebbe giungere a quelle che l'A. (differentemente da MORTATI: cfr. al paragrafo precedente) sembra considerare conseguenze assurde: “vista in questa luce, la nozione stessa di salute, già così labile per ciò che riguarda la sfera psichica, si allargherebbe fino a ricomprendere quello stato ottimale che consente il raggiungimento del maggior ordine e benessere sociale”, giustificando interventi come “la evirazione del maniaco sessuale, [la] sterilizzazione di chiunque, anche per il sol fatto della età, abbia possibilità notevoli di generare prole non sana, [la] emarginazione di portatori di malattie semplicemente ripugnanti, [la] somministrazione di psicofarmaci e stimolanti per il migliore rendimento nel lavoro e nello studio”¹⁰⁵⁸.

Detto con le parole di un'altra autrice, bisogna insomma precisare cosa si vuol intendere con 'salute collettiva'. Quest'espressione potrebbe intendersi come somma della salute dei singoli individui componenti la collettività; se così fosse, sarebbe evidente che “un qualsiasi trattamento che sia teso a migliorare o a preservare l'integrità fisica di un soggetto favorisce nel contempo la salute della collettività”¹⁰⁵⁹, ed in tal caso non avrebbe nemmeno significato parlare di trattamenti nel *solo* interesse del singolo, perché non potrebbero esistere: la salute dell'individuo sarebbe sempre e comunque anche interesse della collettività.

Il significato che sembra doversi attribuire all'espressione 'salute della collettività' è invece un altro: quello di “preservazione o miglioramento dell'integrità fisica solo degli 'altri' singoli soggetti che compongono la collettività”. In questo senso, “qualora sia indifferente per lo stato di salute degli 'altri' che un individuo migliori o preservi il suo stato di salute” non può dirsi sussistente nessun 'interesse della

1058 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 174 s. e nota 8.

1059 Così Algostino, *I possibili confini*, cit., p. 3210.

collettività”¹⁰⁶⁰.

Tornando al pensiero di VINCENZI AMATO, questo non significa certo che lo Stato debba disinteressarsi dello stato di salute dei singoli, che non interessi la collettività. La legge può *stimolare* nei singoli la cura della propria salute, ad esempio comminando pene pecuniarie o privando di certi vantaggi chi eviti certe cure (sanzioni indirette); regola fondamentale dovrà essere, però, che in mancanza di un *pericolo diretto* per la salute collettiva i trattamenti non possano essere “imposti con la forza, ovvero attraverso sanzioni tanto gravi da lasciare un minimo spazio alla libertà di scelta del soggetto”¹⁰⁶¹.

L'applicazione coattiva¹⁰⁶² o sostanzialmente coattiva sarà legittima, insomma, solo ove “la salute di uno metta in gioco quella di tutti: qui, infatti, non si avrà più contrasto tra la volontà del singolo, da un lato, ed un contrapposto generico 'interesse' dall'altro, bensì tra la volontà del singolo ed il diritto alla tutela della propria salute degli altri componenti della collettività”¹⁰⁶³.

Bisogna notare che in questo commento l'A. sembra ritenere 'non imposti' anche trattamenti configurabili come 'onere' oppure la cui mancata effettuazione comporta sanzioni indirette, e quindi obbligatori. Sarebbe forse auspicabile, in

1060 Algostino, *ibidem* (corsivo mio).

1061 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 176.

1062 Vi è anche chi come Cattaneo, considera inammissibile l'utilizzo della coazione per eseguire un TSO: “il fatto che sia ammissibile l'obbligo di subire un trattamento non vuol dire che sia possibile la costrizione”, e questa sarebbe “probabilmente contraria al rispetto della persona umana, e costituirebbe un attentato alla libertà personale ben più grave di un obbligo la cui violazione sia oggetto di sanzioni indirette, per quanto gravi queste possano essere”. Così Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 171, nota 2, riportando il pensiero di Cattaneo espresso ne *Il consenso al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 949 ss., spec. p. 971.

1063 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 176.

questo contesto, un maggior approfondimento sulla distinzione tra trattamento obbligatorio e coattivo¹⁰⁶⁴. E' significativa, inoltre, ma non molto argomentata, la posizione per cui i limiti delineati, relativi alle finalità legittime dei TSO, sarebbero validi solo in riferimento a misure coattive; mentre non si accenna ai limiti 'generalisti' relativi ai trattamenti 'meramente obbligatori', anche se proseguendo l'A. affronta diversi casi concreti di TSO a sanzione indiretta, discutendo caso per caso della loro legittimità ed osservando che in alcuni casi le sanzioni indirette possono essere efficaci tanto quanto la coazione¹⁰⁶⁵.

In un articolo successivo (1982), VINCENZI AMATO ritorna su questi aspetti e li approfondisce, riflettendo sul dato di fatto che sono sicuramente più frequenti i trattamenti sanitari *obbligatori*, muniti di sanzioni solo indirette, rispetto a quelli anche *coattivi*¹⁰⁶⁶. L'applicazione forzata "colpisce la nostra sensibilità in modo assai più intenso di quanto possa fare la

1064 Approfondimento che si trova ad esempio in Pace, *Problematica*, cit., p. 179 e Morana, *La salute*, cit., p.185 ss., ove gli autori affrontano in particolare la distinzione tra obbligo e coazione. Sembrano ritenere obbligatorie le imposizioni dotate comunque di sanzioni di una certa portata, anche se indirette. Cfr. anche *supra*, par. 2.1.

1065 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 183, nota 1.

1066 Vincenzi Amato, *Tutela della salute*, cit., pp. 2472 ss. L'A. fa riferimento ad esempio alla visita medica od al certificato di buona salute richiesti per l'accesso a determinati lavori (ritenendo questi 'oneri' giustificati dall'art. 32 Cost. solo nel caso siano diretti a tutelare i terzi che verranno a contatto con il lavoratore dal rischio di contagio, mentre, se la visita è disposta nel solo interesse del lavoratore stesso – quando l'attività è particolarmente gravosa o si svolge in ambiente insalubre – la giustificazione starà altrove, probabilmente nell'art. 3, secondo comma Cost.). Pensa inoltre (pur ritenendoli illegittimi) agli obblighi di cura imposti dalle leggi previdenziali al lavoratore infortunato, accompagnati dalla sanzione della perdita dell'indennità.

imposizione di un obbligo cui corrispondano sanzioni solo indirette. (...) Ciò tuttavia – ed anzi proprio il fatto che di regola saranno sanzioni indirette ad accompagnare un trattamento obbligatorio – non deve portare a sottovalutare il peso che queste possano avere sulla libertà individuale”. Infatti spesso queste incidono proprio sui settori più importanti della vita dell'individuo, ed hanno una notevole forza cogente (ma l'A. ritiene sia errato “fermarsi troppo” sulla gravità di questo tipo di sanzioni indirette, “e disporsi pertanto ad una maggiore 'tolleranza' verso sanzioni meno importanti”). La presenza di un obbligo di curarsi opera “una pressione *comunque* ingiustificata quando non ricorrano le ragioni che, in Costituzione, legittimano la imposizione di misure sanitarie”. I principi delineati per la legittimità dei TSO, afferma, “valgono con riferimento a qualsiasi trattamento imposto per legge, non solo a quelli per i quali è prevista una applicazione coattiva”¹⁰⁶⁷.

Per fare un esempio concreto, per quanto riguarda la sterilizzazione obbligatoria dei possibili portatori di prole non sana l'A. rileva anzitutto che la finalità sottesa a questa pratica sarebbe giustificata dall'esistenza di un interesse della collettività all'assenza, o limitata presenza, di persone anormali; ma esclude nettamente che sia possibile identificare questo presunto interesse come 'interesse alla salute generale': l'esistenza di 'persone anormali o malate' “potrà incidere negativamente sulla collettività vuoi per il peso sociale che comporta, vuoi per la eventuale pericolosità dei soggetti in ordine alla sicurezza altrui, *ma non inciderà mai direttamente sulla salute della collettività*”¹⁰⁶⁸. Perché vi sia questo, ci deve infatti essere un potenziale pericolo per la salute di tutti: *non basta la minaccia alla salute di un singolo* (in questo caso, il discendente stesso). Il trattamento sanitario coattivo, per

1067 Vincenzi Amato, *Tutela della salute*, cit., p. 2472.

1068 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., pp. 202 ss., spec. 203 (corsivo mio).

VINCENZI AMATO, “si giustifica solo in presenza di malattie contagiose”¹⁰⁶⁹.

PANUNZIO (1979) ha affrontato il tema delle finalità dei TSO avendo come punto di riferimento le vaccinazioni obbligatorie. Pur formulate in questo specifico contesto, le sue riflessioni rilevano ad un livello più generale. Egli afferma che le vaccinazioni obbligatorie, come in generale i TSO, “possono essere legittimamente prescritte per quelle sole malattie che abbiano carattere contagioso ed epidemico. Cioè soltanto per quelle malattie per le quali l'uomo possa essere veicolo di trasmissione e di diffusione (ed eventualmente che possano nuocere alla salute dei discendenti, come la rosolia nelle donne)”. Se non è presente “un pericolo per la salute dei terzi” sussiste, per PANUNZIO, un diritto “a rischiare di ammalarsi”, così come esiste un analogo diritto “ad essere malato”¹⁰⁷⁰.

LUCIANI afferma che “i trattamenti sanitari obbligatori (...) sono da considerare legittimi solo quando (oltre ovviamente a rispettare le condizioni di cui all'art. 32, 2° co.) siano imposti non al *solo* fine di impedire il pregiudizio alla salute di chi vi andrebbe soggetto, ma anche allo scopo di tutelare non un generico interesse pubblico, ma lo *specifico interesse della collettività alla salute*, che verrebbe altrimenti compromesso”¹⁰⁷¹. L'A. sembra insomma prendere una posizione chiara sul punto; proseguendo però osserva che “la questione dell'ammissibilità, al fine di legittimare l'imposizione del trattamento, anche dell'interesse alla *sicurezza collettiva*”, è

1069 Vincenzi Amato, *ibidem*, note 2 e 3. Per un approfondimento dell'A. sulla posizione della malattia mentale in questo contesto, v. *infra*, capitolo IV, par. 3, e Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti sanitari nella l. 180*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di Cendon, (atti del convegno tenutosi a Trieste il 12-14 giugno 1986), pp. 176 ss.

1070 Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 904.

1071 Luciani, *Il diritto costituzionale*, cit., p. 782.

“grave”, in particolare per quanto concerne i “ricoveri coercitivi dei 'malati di mente'”¹⁰⁷², lasciando dunque aperta la questione.

Di MODUGNO (1982) abbiamo seguito *supra* le riflessioni sul limite del rispetto della persona umana, toccando già in quella sede il punto delle finalità legittime dei TSO; ora possiamo integrare il discorso rilevando come egli accolga esplicitamente la tesi di VINCENZI AMATO, affermando che “le sole limitazioni costituzionalmente consentite sono quelle rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell'esercizio di quel diritto individuale [il diritto alla salute]”¹⁰⁷³. L'astratto 'interesse collettivo alla salute' è, a suo parere, nient'altro che il diritto individuale di ognuno dei componenti della collettività alla tutela della propria salute. In conclusione, l'A. osserva che “solo in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute che – come tutti i diritti di libertà – implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, ecc.”¹⁰⁷⁴.

CRISAFULLI (1982) affronta anch'esso l'argomento come *obiter*, poiché il centro del suo discorso è l'analisi della legittimità dell'imposizione di emotrasfusioni ai Testimoni di Geova; egli chiarisce altresì che per una compiuta presa di posizione esso andrebbe approfondito ulteriormente, ma, in ogni caso, ritiene più corretto affermare che l'imposizione legislativa di TSO sia da considerarsi costituzionalmente legittima solo ove esso sia limitato alla protezione della *salute collettiva* (ex art. 32, primo comma, Cost.), intesa come “tutela della salute degli altri”¹⁰⁷⁵.

PEZZINI (1983), accogliendo la posizione di VINCENZI

1072 *Ibidem*.

1073 Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 311 s.

1074 Modugno, *ibidem*, p. 312.

1075 Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni*, cit., p. 562.

AMATO, nega che il diritto alla salute sia riconosciuto al singolo solo nell'interesse pubblico, al fine cioè di potenziare la collettività, la quale ha interesse a che i suoi componenti siano nelle migliori condizioni psico-fisiche per partecipare pienamente alla vita collettiva e contribuire al benessere ed allo sviluppo della stessa; nega, in altri termini, che esso possa considerarsi *diritto funzionale*.

PEZZINI analizza inoltre la posizione giuridica complessa emergente dall'art. 32 Cost., per cui il diritto alla salute è attribuito insieme come diritto *sociale*, come diritto di *libertà* e correlativamente come *dovere* “di concorrere, anche attraverso limitazioni della propria libertà, a preservare la salute pubblica”¹⁰⁷⁶, ed interpreta il termine 'trattamento' come “misura *sanitaria* diretta alla prevenzione ed alla cura, nel senso più ampio e generale possibile”. Da queste premesse giunge alla conclusione che “l'art. 32 prevede interventi coattivi giustificati solo ed esclusivamente al fine di protezione della salute”¹⁰⁷⁷.

Da questo punto di vista l'A. critica la sovrapposizione operata tra fini sanitari e fini di controllo sociale, e la sovrapposizione tra la normativa dell'art. 13 e quella dell'art. 32, che secondo l'autrice dovrebbero invece rimanere nettamente separate. Perché una legge impositiva di TSO possa dirsi costituzionalmente legittima, afferma l'A., essa dovrà rispettare “la *prima esigenza*”, che è la “certezza di una *finalità rigorosamente sanitaria* del provvedimento”¹⁰⁷⁸.

Anche BARILE (1984) fa alcune interessanti affermazioni sul tema; ed anche qui, come abbiamo visto altrove, egli non sembra dare una precisa linea interpretativa, ma proporre spunti di riflessioni e problemi. In merito ai TSO, afferma che vi è un

1076 Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., p. 31.

1077 Pezzini, *ibidem*, p. 31, nota 15.

1078 Pezzini, *ibidem*, p. 70.

diritto al rifiuto delle cure, e che obblighi specifici non possono essere imposti dalla legge “nel solo (presunto) interesse dell'individuo (*né, ovviamente, per scopi diversi da quelli sanitari, come ad esempio per scopi di sicurezza o di giustizia*) ma solo quando ciò sia necessario 'per evitare pericolo agli altri consociati'; nel qual caso il trattamento sanitario obbligatorio potrà invece essere applicato anche coattivamente”¹⁰⁷⁹.

Anzitutto è da notare come egli sottolinei un aspetto che dagli altri è per lo più solo sottinteso (e da alcuni forse negato), e che è molto importante ai fini del nostro lavoro. Egli chiarisce che i TSO devono essere motivati da fini *sanitari*, e, se vi fosse dubbio, che non possono in alcun modo essere considerati 'sanitari' i fini di *sicurezza*, né quelli di *giustizia*. È una nota importante, anche se potrebbe sembrare banale, perché non sempre, nella realtà concreta, questi fini teoricamente così diversi sono chiaramente scindibili e distinguibili: vi è anche chi fa rientrare tra i 'fini sanitari' anche scopi che di sanitario hanno in realtà ben poco.

Per esemplificare, BARILE fa un elenco di “gruppi di malattie [ed] ipotesi di trattamento”, e tra essi pone le “malattie infettive o diffusive, comprese le veneree; le malattie mentali; gli stati non transitori di alterazione fisica e mentale determinati dall'uso di alcool e di droghe; le malattie e le alterazioni biologiche atte ad incidere sulla salute dei discendenti; i trattamenti sanitari imposti ad alcune categorie di lavoratori”¹⁰⁸⁰. Questo elenco lascia l'impressione che qualcosa non torni. Qualcosa sembra stridere con le premesse fatte dall'A. Anzitutto colpisce particolarmente, poiché oggetto della nostra ricerca, che la 'malattia mentale' sia stata posta in questo elenco, senza nemmeno un commento o una precisazione a motivare la scelta. Ci si aspetterebbe un chiarimento proprio

1079 Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 386.

1080 Barile, *ibidem*, p. 387.

perché, nelle premesse, BARILE solennemente limitava gli scopi legittimi dei TSO al pericolo per la *salute altrui*, ritenendo sicuramente inammissibile un loro eventuale uso a scopo diverso (ad esempio, di *sicurezza*). Viene spontaneo domandarsi, a proposito della malattia mentale¹⁰⁸¹, in che senso essa possa considerarsi pericolosa per la *salute* altrui. Vi possono, credo, essere argomentazioni in tal senso, e su di esse si potrebbe discutere (si potrebbe dire ad esempio che, pur non essendo 'infettiva' nel senso proprio del termine, la 'malattia mentale' di un soggetto può contribuire all'emersione di disagio psichico in altri, oppure che il 'malato mentale' può compromettere il sano sviluppo psicofisico della prole); ma l'A. non fa alcun accenno a queste o altre argomentazioni. Potrebbe altresì pensarsi che egli faccia riferimento ad un concetto molto lato di 'salute pubblica' (dalla miglior dottrina rifiutato)¹⁰⁸², che potrebbe essere minacciata da qualsivoglia malattia, perché ogni malato rappresenterebbe comunque un peso per la società. Questo sembra però smentito dalle sue stesse parole: egli, nelle premesse, sembra fare riferimento ad un concetto di 'salute' inteso in senso stretto (si preoccupa infatti di delimitare il campo della 'salute' escludendo commistioni con altri interessi).

Inoltre, nell'elenco pone anche le “malattie ed alterazioni biologiche atte ad incidere sulla salute dei discendenti”, ma poche righe più avanti BARILE afferma che “i trattamenti eugenetici, come le visite prematrimoniali, non possono naturalmente essere imposti, per il rispetto della persona umana”. Ci si chiede allora che fine abbiano, secondo l'autore, i TSO per malattie che incidono sulla salute dei discendenti... Forse si intende che il TSO possa imporre una cura o una

1081 Analoghe perplessità desta del resto l'inclusione nell'elenco degli “stati non transitori di alterazione fisica e mentale determinati dall'uso di alcool”.

1082 Cfr. ad esempio Vincenzi Amato, *supra* in questo stesso paragrafo.

vaccinazione per la malattie in questione (come nel caso della rosolia), e non una sterilizzazione; ma è strano che non sia specificato, visto che l'espressione 'malattie che incidono sulla salute dei discendenti' richiama, nell'ambito del dibattito sui TSO, per lo più il problema della sterilizzazione.

Viste questi dettagli che appaiono incongruenti, bisogna forse pensare che, con l'elencazione di malattie sottoponibili a TSO BARILE volesse rappresentare lo stato di fatto, indicando per conoscenza del lettore i TSO che potrebbero in astratto applicarsi nel nostro ordinamento; stupirebbe però, in tal caso, l'assenza di commenti o valutazioni, nonostante le premesse fatte.

Anche MORANA (2002), da ultimo, ritiene che tra le garanzie “specificamente previste” dall'art. 32 Cost. vi sia la necessità che il trattamento sia “finalizzato alla tutela dell'interesse della collettività alla salute (*non di qualsiasi altro interesse collettivo*)”¹⁰⁸³.

Le tesi che sostengono argomenti sostanzialmente divergenti da quelli appena visti sono sicuramente minoritarie, quantomeno nell'ambito del dibattito sui principi costituzionali. Vedremo però (*infra*, ai capitoli III e IV) che tra i commentatori della legislazione psichiatrica vi sono opinioni anche molto diverse. Possiamo qui citare ad esempio PIZZI (1978), la quale, nel commentare l'art. 2 della l. 180 del 1978, che disciplinava gli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale¹⁰⁸⁴, afferma che la norma prevede misure volte (anche) a difendere la collettività da “comportamenti che possono metterne in pericolo la *salute*, il cui significato non coincide, in

1083 Morana, *La salute*, cit., p. 189. L'A. sottolinea che il riferimento all'interesse 'della collettività' “non esclude la sua imputabilità a collettività parziali, come quella carceraria”. Su ciò si vedano *infra* anche gli interventi della Corte Costituzionale.

1084 Le norme della l. 180/1978 sono poi state trasposte nella l. 833 del 1978, mantenendo sostanzialmente immutato il loro contenuto.

senso proprio, con quello di (stato di) 'non malattia'¹⁰⁸⁵. L'A. è consapevole di allontanarsi, con questa affermazione, dall'interpretazione prevalente del concetto di 'salute' e soprattutto di quello di 'tutela della salute collettiva'¹⁰⁸⁶, e si preoccupa altresì di precisare che “anche sotto questo profilo non concordiamo con l'opinione di chi riconnette l' 'interesse della collettività', di cui all'art. 32 Cost., alla sola ipotesi di 'contagio', escludendo così la tutela della salute quando questa si presenti nell'interesse esclusivo dell'individuo”¹⁰⁸⁷. Insomma PIZZI si allontana dall'opinione prevalente sotto due aspetti: in primo luogo ritiene che i TSO (riferendosi, in particolare, a quelli disposti per malattia mentale) possano avere come scopo quello di tutelare la collettività da *comportamenti* del malato che possano mettere in pericolo la *salute*, intesa in senso lato, ricomprendendo così nel termine 'salute collettiva', ciò che sembra ad altri¹⁰⁸⁸ più corretto far rientrare nel diverso concetto di 'sicurezza', o di 'difesa dalla pericolosità sociale'.

In secondo luogo, ritiene che possano imporsi trattamenti sanitari anche nel solo interesse di chi vi è sottoposto; questa posizione è nettamente in controtendenza, e per questo forse sarebbe stata utile una più articolata argomentazione in suo sostegno.

Anche BRUSCUGLIA (1978), nel commentare la l.

1085 Pizzi A., *Malattie mentali e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978*, n. 180, Milano, 1978, pp. 12 s.

1086 V. ad es. Vincenzi Amato, Panunzio, Pezzini, Lessona.

1087 Pizzi A., *ibidem*, p. 13, nota 15. L'A. fa riferimento in particolare alle tesi di Vincenzi Amato.

1088 Come visto in particolare in Vincenzi Amato. V. anche Algostino, *I possibili confini*, cit., p. 3215, nota 26: “non rientra nel nostro campo di indagine, come invece sembrerebbe a prima vista, la questione del 'matto irrecuperabile pericoloso per gli altri': in questo caso più che di salute pubblica si tratta, infatti, di sicurezza pubblica ed il referente principale non è l'art. 32 Cost. ma l'art. 13 Cost.”.

180/1978, oscilla tra tesi maggioritaria e minoritaria: aderendo alla tesi prevalente, afferma che “di fronte all'interesse della collettività *alla tutela della salute* (v. art. 32 Cost.) possono soccombere anche gli interessi e le libertà individuali, ma solo nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati sottoposti ad un ponderato ed oggettivo giudizio”. Ma in seguito afferma di ritenere che i poli del conflitto che si può creare in caso di imposizione di un TSO, siano da un lato l'interesse del malato ad evitare trattamenti sanitari in condizioni di degenza ospedaliera necessitata, e dall'altro “*l'interesse della collettività specificantesi nell'esigenza che venga combattuta una malattia particolarmente grave*”. E' da sottolineare che quest'ultimo interesse è nettamente più ampio di quello 'alla salute' (ritenuto dalla prevalente dottrina l'unica finalità legittima dei TSO), ed estremamente generico: per cui le due affermazioni dell'autore sembrano assolutamente inconciliabili tra loro.

3.4.2. *La giurisprudenza costituzionale.*

La Corte Costituzionale ha frequentemente e da più punti di vista affrontato il tema dei fini legittimanti l'imposizione legislativa dei trattamenti sanitari.

L'argomento che più frequentemente si è presentato alla sua attenzione è quello delle vaccinazioni obbligatorie. Proprio di questo si è occupata l'importante sentenza n. 307 del 1990¹⁰⁸⁹, chiamata a valutare la legittimità costituzionale di alcuni articoli della legge n. 51 del 1966 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica). Il caso che originò la questione era quello di una madre che contrasse la poliomielite, con paralisi spinale persistente, per contagio dal figlio sottoposto a vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, da lei assistito. Il giudice *a quo*, nel corso di un giudizio civile

1089 Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307.

instaurato per ottenere tutela risarcitoria, non ravvisando una responsabilità della Pubblica Amministrazione *ex art. 2043*, ritenne vi fosse carenza di rimedi, poiché la legge non prevedeva alcun tipo di indennizzo per eventuali danni causati dalla vaccinazione, ove non si ravvisassero profili di colpa dei sanitari. Sollevò quindi la questione prospettando il “contrasto della denunciata carenza di previsione di rimedi (...) per l'evenienza di lesioni derivanti da un trattamento sanitario obbligatorio (...) con il principio, espresso nell'art. 32 della Costituzione, della piena tutela dell'integrità fisica dell'individuo”.

La Corte ritenne fondata la questione¹⁰⁹⁰, e nello svolgimento della sentenza si possono trovare alcuni passaggi di fondamentale importanza non solo per la questione specifica, ma più in generale per l'interpretazione costituzionale del principio della 'libertà di salute' e di presupposti e finalità che possono legittimare l'imposizione legislativa di un TSO.

Dalla lettura dell'art. 32 Cost. per cui esso “nel primo comma definisce la salute come 'fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività' e nel secondo comma sottopone i detti trattamenti a riserva di legge e fa salvi, anche rispetto alla legge, i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, la Corte trae la conseguenza che “la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione [solo] se il trattamento *sia diretto* non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è

1090 Dichiarando “l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo”.

assoggettato, ma *anche a preservare lo stato di salute degli altri*". Sottolinea come del resto sia solo tale ulteriore scopo, relativo alla salute come interesse della collettività, a "*giustificare* la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"¹⁰⁹¹. Senza di esso, quindi, ogni imposizione di TSO sarebbe illegittima: non è ammissibile che al singolo sia imposto di curarsi nel suo solo interesse. E' questo un principio molto importante, come è importante che sia stato affermato esplicitamente e chiaramente dalla Corte.

Dalla lettura dell'art. 32 Cost. la Corte fa discendere un ulteriore principio: quello per cui "un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili". Come abbiamo visto *supra*, si tratta di un principio ampiamente affermato anche dalla prevalente dottrina. Alcuni autori ritengono che sia necessario attenersi rigorosamente ad esso, altri sostengono che si tratta di un principio, invece, più flessibile. La Corte si trova in linea con quest'ultima opinione. Infatti, da un lato continua ad affermare che nell'ipotesi di "ulteriore danno" alla salute del soggetto sottoposto al trattamento il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività *non basta* da solo a giustificare la misura sanitaria. D'altro lato però, non spiega quale altro principio costituzionale possa allora giustificare l'imposizione di una siffatta misura sanitaria. Dichiarò invece che in nome della rilevanza dell'interesse pubblico alla salute, in funzione del quale si impone la misura, ed in nome altresì del principio di solidarietà, "ciascuno [può] essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua

1091 Corsivi miei.

autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, *anche se questo importi un rischio specifico*". Insomma ammette, in definitiva, che siano imposti TSO anche se comportino il rischio specifico di un danno alla salute di chi vi è sottoposto. La Corte sembra però ammetterlo in un certo senso in modo sofferto, poiché il discorso non è lineare, e più volte emergono frasi che si contraddicono l'un l'altra. Anche in conclusione, infatti, ritorna il principio solennemente enunciato inizialmente: la Corte infatti sostiene che questo "non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri". Davanti a questa affermazione viene spontaneo domandarsi come può non postularsi il sacrificio della salute del singolo per quella altrui, se si ammette che un TSO sia imponibile "anche se importi un rischio specifico"? Sembra esserci qualcosa di stridente. Probabilmente quello che la Corte ha inteso dire è che è ammissibile un TSO che comporti rischi per chi vi è sottoposto se questi sono limitati, come nel caso del vaccino antipoliomielitico, in cui il rischio di contagio e di complicanze è, in termini percentuali, ridotto, mentre non sarebbe possibile richiedere un per così dire 'sicuro sacrificio' della salute di una persona a vantaggio della collettività¹⁰⁹². Che sia insomma da operare un delicato bilanciamento tra i due interessi contrapposti. "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

1092 Il rischio percentualmente molto basso, ma nel caso in cui si verifici, il danno può essere anche notevole. "E' stato calcolato che, nel caso del vaccino antipolio, una persona su un milione rimane paralizzata a causa del vaccino, rispetto a 5000 su un milione in mancanza di vaccino": così Zuolo, *L'obiezione di coscienza*, cit., pp. 9 s. Cfr. anche oltre, la tabella riportata, da cui si ricavano dati diversi.

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". Si viene così a delineare il principio per cui ove un danno consegua ad un trattamento effettuato nell'interesse della collettività, per il principio di solidarietà la società deve in qualche modo farsi carico delle conseguenze, predisponendo un'indennità da attribuire al soggetto (da tenere distinta dall'eventuale obbligo risarcitorio *ex art. 2043 cc.*).

Riportiamo, per avere un'idea delle percentuali di rischio, una tabella¹⁰⁹³ che riporta la situazione in Italia, su riferimento a stime del 1992, in cui le complicità della malattia e della relativa vaccinazione si riferiscono alle reazioni gravi più frequenti: in particolare per la polio sono state considerate le paralisi, per il morbillo le convulsioni e per la parotite la meningoencefalite. Nella tabella i casi di malattia riguardano una popolazione con età inferiore ai 14 anni di cui si è calcolato il rischio ed il beneficio delle più frequenti vaccinazioni:

1093 Tratta dal bollettino del Comitato Nazionale per la Bioetica e riportata da Morini e Macrì, *Obbligatorietà delle vaccinazioni: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.* 1997, 3-4, pp. 883 ss. Ivi ulteriori dati sul rapporto rischi-benefici delle principali vaccinazioni, con riferimento anche a dati relativi agli USA. In particolare colpisce il fatto che “negli Stati Uniti dal 1973 al 1984, sono stati riportati 138 casi di polio paralitica di cui ben 105 (76%) sono stati associati all'uso del vaccino o a contatto con persone che erano state vaccinate”: dati che sembrano contraddire la tabella sopra riportata, nonché quanto riportato alla nota precedente.

TABELLA 1 - Stime riguardanti il rapporto rischio/beneficio delle più importanti e frequenti vaccinazioni in correlazione alla rispettiva malattia naturale.

Malattia	complicanze malattia	complicanze vaccinazione	casi di malattia (1987-1993)
Difterite	25/100	–	30
Tetano	25/100	–	126
Polio	6/100	0,2/1.000.000	–
Morbillo	1,5/100	0,1/100	196.296
Rosolia	0,02/100	–	134.496
Parotite	1/100	0.001/100	263.897
Pertosse	2,5/100	0,1/100	85.358

“Seppure rare dunque le complicanze da vaccinazione non possono essere trascurate in una corretta valutazione dell'uso e della normativa di tale trattamento. (...) Tralasciando i normali fatti reattivi di lieve entità e di breve durata, che appaiono normali ad ogni intervento sanitario (...) possono verificarsi manifestazioni con esiti permanenti ed eccezionalmente letali”¹⁰⁹⁴.

Risulta dunque evidente come l'argomento sia estremamente complesso; trovare il bilanciamento tra interesse del singolo e interesse della collettività¹⁰⁹⁵ è un problema difficile, su cui si discute fin dall'antichità. La scelta operata da questa e da altre sentenze analoghe è da alcuni è stata infatti chiamata significativamente “scelta tragica”.

Riportiamo ora una sentenza, la n. 180 del 1994¹⁰⁹⁶, che a prima vista sembra riguardare questo tema; ma ad un'analisi un

1094 Morini e Macrì, *Obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., pp. 883 ss.

1095 Così affermano Morini e Macrì, *Obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., pp. 883 ss.: “partendo infatti dal dettato costituzionale la salute in quanto interesse della collettività, oltre che diritto del singolo, potrà essere ricercata sia come esclusivo diritto dell'uomo sia come dovere; in questo secondo caso l'uomo si potrà considerare entità somatopsichica secondaria a ciò che si configura come bene per l'intera collettività

1096 Corte Cost., 16 maggio 1994, n. 180.

po' più approfondita pare in realtà occuparsi di un problema diverso. La questioni sollevate erano più d'una, ma quella che a noi interessa è relativa al regime sanzionatorio introdotto dalla legge n. 3 del 1986 (obbligo dell'uso del casco protettivo per gli utenti di motocicli, ciclomotori e motocarrozze; estensione ai motocicli e ciclomotori dell'obbligo del dispositivo retrovisivo), e del decreto legislativo n. 285 del 1992 (nuovo codice della strada), in riferimento all'art. 32 della Costituzione, “nella parte in cui (...) impongono al cittadino maggiorenne che si ponga alla guida di un motociclo di indossare il casco protettivo, là dove il parametro costituzionale autorizza 'forme di ingerenza del potere statale nella sfera individuale del cittadino solo quando sia posto in pericolo il diritto alla salute di terzi individui”.

Il giudice *a quo* ritiene ciò lesivo dell'art. 32 Cost., poiché l'obbligo di portare il casco “si sostanzia – a suo parere – in un trattamento sanitario preventivo”. E partendo da questo presupposto, osserva che “mentre è giustificabile la sottoposizione a obblighi coercitivi per ragioni sanitarie quando vi sia pericolo per il diritto alla salute di terzi, sembra illegittima la coercizione dettata da un 'mero interesse' della collettività alla tutela della salute del singolo o da motivazioni riconducibili a generiche esigenze di limitazione dei costi economici derivanti alla collettività dagli incidenti stradali”.

La Corte, sul punto, risponde senza prendere esplicitamente posizione sulla configurabilità dell'obbligo di portare il casco come 'trattamento sanitario preventivo' (e addirittura coercitivo), come espressamente sostenuto dal giudice *a quo*. E' però un punto fondamentale, e stupisce che l'argomentazione della Corte non lo affronti esplicitamente. La Corte comunque, riferendosi all'obbligo di portare il casco, non parla mai di TSO, ma solo di 'ingerenza statale nella sfera del cittadino', oppure di 'limitazioni al diritto di circolazione', od ancora di 'modalità, peraltro neppure gravose, prescritte per la

guida di motoveicoli'. Sembra insomma (anche ragionevolmente¹⁰⁹⁷) dare per scontato che l'obbligo in questione non si possa definire TSO. Poiché però l'ordinanza di remissione si basava proprio su questo presupposto, il fatto che la Corte non la contraddica lascia un zona d'ombra, quando ad esempio afferma che “l'assunto, secondo cui l'art. 32 della Costituzione consentirebbe limitazioni al diritto di circolazione solo se venisse in gioco il diritto alla salute di soggetti terzi rispetto a colui cui vengono imposte quelle limitazioni, con la previsione di sanzioni in caso di inosservanza, non può essere condiviso. (...) Appare conforme al dettato costituzionale, che considera la salute dell'individuo anche interesse della collettività, che il legislatore nel suo apprezzamento prescriva certi comportamenti e ne sanzioni l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali. Non può difatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili”.

In definitiva comunque la Corte sembra ammettere solo che, in nome non della salute collettiva, ma di altri interessi, si dispongano 'comportamenti obbligatori'; ma non sembra modificare la sua posizione relativa ai trattamenti sanitari.

Il tema del bilanciamento tra interesse del singolo ed interesse della collettività nei trattamenti sanitari obbligatori è stato ripreso più volte. Un'importante sentenza a riguardo è la n. 218 del 1994¹⁰⁹⁸, che tratta della legittimità costituzionale

1097 Cfr. Morana, *Libertà costituzionali*, cit., p. 255 ss.

1098 Corte Cost., 2 giugno 1994, n. 218.

dell'art. 5 della legge n. 135 del 1990 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS) che nel disciplinare l'accertamento dell'infezione e le rilevazioni epidemiologiche, stabiliva che nessuno può essere sottoposto senza il suo consenso ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse". Il giudice *a quo* lamentava che questa disciplina, "pur essendo informata a principi di alto valore sociale ed all'apprezzabile esigenza di non discriminare o isolare, neppure sul lavoro, le persone sieropositive o affette da AIDS, sarebbe in contrasto con l'art. 32 della Costituzione, che tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività, nella parte in cui non prevede, limitatamente alle attività che per la loro particolare natura presentano il serio rischio di trasmissione dell'infezione, la possibilità di accertamenti sanitari, con garanzie di riservatezza, anche contro la volontà degli interessati". La Corte ritenne fondata la questione, e dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n.135. In linea con la precedente sent. 307/1990, afferma che la tutela della salute "implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri". Specificando, aggiunge che "le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con *gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari*"¹⁰⁹⁹.

La Corte sembra qui ampliare la gamma dei motivi

1099 Corsivo mio.

legittimanti i TSO rispetto alla sentenza precedentemente analizzata: in quel caso l'unico motivo legittimante era stato dichiarato la *salute* come interesse della collettività. Qui la Corte va oltre: parla infatti in generale di “interessi essenziali della collettività”. Questa espressione ha un significato molto più ampio e flessibile: non è possibile stilare un elenco degli “interessi essenziali della collettività”, ma sicuramente questi non si limitano al solo interesse alla salute. E' una frase che potrebbe contenere in se conseguenze notevoli quanto a interpretazione della legittimità costituzionale dei TSO; la Corte però non insiste su questo aspetto innovativo; viene anzi da dubitare dell'effettiva consapevolezza di esso. Infatti, trattando nel caso di specie di un accertamento sanitario con la finalità di tutela proprio della salute pubblica, si è poi limitata a fare applicazione del principio per cui è legittimo imporre TSO in nome della salute pubblica. Prosegue infatti affermando che “situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo”. Richiama solo “l'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi” come fini che “consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti”, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse”, senza specificare però se si tratti dell'*unico* interesse legittimante o meno.

Con la sentenza n. 258 del 1994¹¹⁰⁰ la Corte torna ad occuparsi delle vaccinazioni obbligatorie. La questione ha ad

1100 Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 258.

oggetto la legittimità costituzionale della legge n. 165 del 1991, sull'obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B, e delle leggi n. 51 del 1966, n. 981 del 1939, n. 292 del 1963 e n. 419 del 1988, sulle vaccinazioni obbligatorie antipoliomielitica, antidifterica ed antitetanica. La questione era stata sollevata nel corso di un giudizio di opposizione ad una sanzione amministrativa irrogata all'opponente per non aver sottoposto la figlia minore alla vaccinazione obbligatoria. Il giudice *a quo* lamentava la “omessa previsione (...) di accertamenti preventivi – idonei quanto meno a ridurre il rischio, pur percentualmente modesto, di lesioni della integrità psico-fisica per complicanze da vaccino”¹¹⁰¹, contrastante con l'art. 32 Cost.

La Corte dichiara inammissibile la questione, poiché con essa si richiede “un adeguamento a Costituzione che si prospetta comunque non a rime obbligate e quindi implicherebbe ineludibilmente l'intervento del legislatore, al quale questa Corte non potrebbe sostituirsi”. Nel merito però ritiene comunque rilevante la questione, per cui nel dichiararne l'inammissibilità richiama l'attenzione del legislatore “affinché, ferma la obbligatorietà generalizzata delle vaccinazioni ritenute necessarie alla luce delle conoscenze mediche, siano individuati e siano prescritti in termini normativi, specifici e puntuali, ma sempre entro limiti di compatibilità con le sottolineate esigenze di generalizzata vaccinazione, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze”.

Nel corso dell'argomentazione, la Corte ha occasione di

1101 A parere del giudice *a quo* gli accertamenti avrebbero dovuto essere “volti alla verifica della sussistenza di eventuali controindicazioni alla vaccinazione, nonché della specificazione dei tipi di accertamenti che debbono a tal fine compiersi”, ritenendo la visita obiettiva e la raccolta dell'anamnesi non sufficienti per escludere la presenza delle molteplici patologie, anche asintomatiche, che costituiscono controindicazioni alle vaccinazioni.

fare un 'riepilogo' dei principi che sono stati elaborati dalla propria giurisprudenza nelle sentenze precedenti, precisando, sulla base di essi, che la legge impositiva di un trattamento sanitario è compatibile con l'art. 32 Cost.:

“a) se 'il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale' (cfr. sent. 1990 n. 307);

b) se vi sia 'la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili' (ivi);

c) se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - sia prevista comunque la corresponsione di una 'equa indennità' in favore del danneggiato (cfr. sent. 307 cit. e v. ora l. 210/1992)”. Da ciò ricorda che oltre al profilo individuale del diritto alla salute vi è quello collettivo, e che è quindi necessario un bilanciamento “con la considerazione anche del parallelo profilo che concerne la salvaguardia del valore (compresente come detto nel precetto costituzionale evocato) della salute collettiva, alla cui tutela – oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso – sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie”.

In conclusione, questa sentenza accoglie i principi precedentemente analizzati, ma non mi sembra un'inutile ripetizione riportarla qui: significa che questi principi si sono consolidati, e che le lievi incongruenze che sembravano

affiorare da essi sono, nella pratica, stati risolti ammettendo chiaramente che il bilanciamento tra salute del singolo e salute collettiva possa comportare un sacrificio della prima a vantaggio della seconda.

Per lo stesso motivo riportiamo anche i passaggi essenziali di un'altra sentenza, la n. 118 del 1996¹¹⁰², la quale dichiara la l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge n. 210 del 1992 (indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati) “nella parte in cui escludono, per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento prima dell'entrata in vigore della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto (...) a un equo indennizzo a carico dello Stato per le menomazioni riportate a causa di vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica da quanti vi si siano sottoposti e da quanti abbiano prestato ai primi assistenza personale diretta”.

Anch'essa accoglie i principi sopra ricordati e ne consolida l'interpretazione. Pur giungendo alle medesime conclusioni delle precedenti, dalla lettura di questa sentenza sembra emergere una maggior consapevolezza del problema e degli interessi in gioco. Ad esempio ove afferma che il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso trattamenti sanitari come le vaccinazioni obbligatorie, può pregiudicare il diritto individuale alla salute, quando tali trattamenti comportino, per la salute di quanti ad essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile. La Corte ricorda che vi è sicuramente “l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte a evitare il rischio di complicanze”; che però è del pari evidente

1102 Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118.

che “tale rischio non sempre è evitabile”, ed “è allora che la dimensione individuale e quella collettiva entrano in conflitto”. E' in questi casi che la legge “compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate 'scelte tragiche' del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che *sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri*”¹¹⁰³.

La sentenza conferma l'opinione espressa nelle sentenze precedenti, per cui questo è legittimo ma, poiché “nessuno può essere *semplicemente* chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri”¹¹⁰⁴, che sia necessario predisporre “per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno”, in nome del dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo”, nonché “della coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute”.

Una sentenza più recente, la n. 226 del 2000¹¹⁰⁵, conferma l'impostazione data dalle sentenze precedenti, dando particolare attenzione ad un aspetto importante. Essa concerne due questioni di costituzionalità relative a diverse disposizioni della legge n. 210 del 1992, come integrata dalla legge n. 238 del 1997, che “coincidono nel lamentare la carenza di una

1103 Corsivo mio.

1104 Corsivo mio.

1105 Corte Cost., 22 giugno 2000, n. 226.

previsione legislativa che riconosca il diritto a una qualche forma di intervento finanziario da parte dello Stato a favore di quanti, essendosi sottoposti a trasfusioni di sangue o emoderivati, abbiano subito danni irreversibili alla salute in conseguenza di infezioni da virus HIV e HCV, per il periodo compreso tra il manifestarsi della infezione (o l'avvenuta conoscenza di essa) e l'entrata in vigore delle norme della legge n. 210 che ha invece previsto, ma solo pro futuro, delle forme di intervento finanziario a favore delle categorie di soggetti che hanno subito menomazioni alla loro salute". Poiché l'indennizzo fin dal momento del verificarsi del danno è invece stato riconosciuto a chi ha contratto una malattia a seguito di vaccinazione antipoliomielitica obbligatoria, o anche solamente incentivata con una specifica politica di promozione sanitaria ma non ancora resa obbligatoria, i giudici *a quibus* rilevano che "chi si sia sottoposto a somministrazioni di sangue o emoderivati per evitare il decorso dannoso e talvolta letale di una malattia come l'emofilia" sia in una condizione "assimilabile" a quella di questi ultimi: "nell'uno come nell'altro caso la facoltà di scelta individuale è fortemente compromessa, alla luce della gravità delle conseguenze che potrebbero derivare dall'omissione del trattamento sanitario, e anzi la compressione della libera determinazione appare ancora più evidente [nel caso degli emofiliaci], giacché le persone affette da emofilia non hanno, allo stato, valide alternative rispetto a costanti somministrazioni di sangue, per la loro stessa sopravvivenza. (...) La necessità del ricorso alla terapia, stante il rischio della vita, sarebbe perciò ancora più cogente che non nel caso di trattamento sanitario imposto per legge, la cui violazione darebbe luogo meramente a una sanzione giuridica. (...) Dovrebbe dunque valere anche per queste ipotesi il dovere inderogabile di solidarietà collettiva quale enucleato dalla citata sentenza n. 118 del 1996".

La Corte ritiene tuttavia non fondate le questioni, perché –

afferma – è vero che la Corte costituzionale stessa non ha “assegnato valore dirimente all'esistenza di un obbligo legale” per affermare il diritto all'indennizzo, ma che ciò che conta non è la necessità che l'individuo ha di effettuare il trattamento (che può essere anche necessario per la sopravvivenza stessa dell'individuo), ma che “ciò che conta è *l'esistenza di un interesse pubblico di promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene (e può essere) dalla legge assunto ad oggetto di obbligo legale*. La giurisprudenza costituzionale (...) è ferma nell'individuare per l'appunto in questo interesse – una volta assunto dal legislatore a ragione dell'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio o di una politica incentivante – il fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottomettendosi al trattamento, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute”¹¹⁰⁶.

Di questi ragionamenti ciò che qui interessa in particolare è che la Corte chiaramente ed esplicitamente ravvisa il fondamento che rende legittima l'imposizione di un TSO nell’“interesse pubblico alla promozione della salute”. Non lascia spazio a quelli che possono essere altri “interessi essenziali” della collettività: nomina solo quello “alla salute”. E' pur vero che questo specifico aspetto delle argomentazioni della Corte non è centrale per la sentenza¹¹⁰⁷, e si riduce quindi

1106 Corsivo mio. La Corte conclude che “viene allora a perdere di significato, ai fini della risoluzione della questione, il raffronto che il giudice rimettente stabilisce tra la cogenza dell'obbligo legale e la necessità della misura terapeutica: raffronto che certo non lascia insensibili sul piano umano – tanto più in quanto, in epoca risalente, non fossero attivi sistemi efficaci di controllo sul sangue e sugli emoderivati impiegati nelle trasfusioni – e che ben può trovare sbocchi di natura politico-legislativa, ma che è improduttivo sul piano giuridico-costituzionale”.

1107 Per giungere alle conclusioni viste, ciò che rileva è che il

a un *obiter*; credo comunque che – espresso con la chiarezza che abbiamo visto – abbia sicuramente una notevole rilevanza.

Da ultimo riportiamo la sentenza n. 262 del 2004¹¹⁰⁸. Essa è chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 1, lettera c), della legge n. 292 del 1963 (Vaccinazione antitetanica obbligatoria). La questione era stata sollevata nel corso di un giudizio riguardante un rifiuto genitoriale di sottoporre il figlio a vaccinazione obbligatoria antitetanica, perché ritenuta pericolosa per la salute (richiamando in questo senso anche il d.m. 13.11.2001 che prevedeva il ritiro dal mercato di quel tipo di vaccino a partire dal 2004). Vengono addotte svariate argomentazioni da parte del giudice *a quo*, ma riportiamo qui quella che più da vicino ci interessa. Egli osserva che il tetano è una malattia *infettiva*, ma non *diffusiva*; il che significa che non vi è un reale rischio di contagio da uomo a uomo. Per questo motivo, sostiene il giudice *a quo*, l'obbligo di vaccinazione antitetanica contrasterebbe con l'art. 32 Cost., in quanto esso, postulando “il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (...) con l'interesse della collettività” rende giustificabile un intervento sanitario coattivo “solo se viene messa in pericolo la salute pubblica”; ed invece “nessun pericolo alla collettività potrebbe derivare dal fatto che il singolo soggetto non si vaccini contro il rischio del tetano, perché questo non è una malattia diffusiva ma solo infettiva, che non si trasmette cioè per contagio”.

La Corte valuta anzitutto che “nel caso di opposizione motivata da specifiche condizioni sanitarie del minore, il giudice minorile dovrebbe operare i necessari approfondimenti tecnico-sanitari, per verificare la fondatezza dell'opposizione, essendo pacifico, anche secondo la giurisprudenza, che la

trattamento sanitario sia effettuato anche nell'interesse collettivo; non è invece decisivo se l'interesse debba essere unicamente quello alla salute, oppure se possa avere anche natura diversa.

1108 Corte Cost., 22 luglio 2004, n. 262.

vaccinazione deve essere omessa o differita nel caso di accertati pericoli concreti per la salute del minore”, mostrando come il principio della 'riduzione del rischio' si sia ormai consolidato; ma in secondo luogo “che non è sufficiente argomentare, come viceversa fa il remittente, in base al solo carattere non diffusivo della malattia”. In pratica ammette che un TSO sia effettuato nel solo interesse della salute dell'individuo: questa affermazione presa isolatamente potrebbe sembrare un epocale cambio di opinione della Corte, che smonterebbe la consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale per cui i TSO non possono mai essere disposti nel solo interesse del singolo. In realtà la sua portata in questo senso è nettamente ridotta, se solo si pensi al fatto che l'individuo in questione è un neonato: in quanto minore, “non è in gioco la sua autodeterminazione, ma il potere-dovere dei genitori di adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute dello stesso minore, non potendosi ammettere una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio”. E, poiché il giudice *a quo* non aveva affrontato la questione, la Corte dichiara manifestamente inammissibile la questione sollevata.

3.4.3. Il punto sulle posizioni di dottrina e Corte Costituzionale. Alcune riflessioni.

Avendo fatto una scorsa delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in merito ai fini che possono legittimare – conformemente a Costituzione – l'imposizione legislativa di TSO, cerchiamo ora di riassumere brevemente i punti salienti che sono emersi.

Si può dire sia largamente condiviso (soprattutto dalla dottrina) l'assunto per cui i TSO non devono peggiorare la salute di chi vi è sottoposto, ed anzi devono tendere a

migliorarla; sono però ammessi (in particolare dalla Corte Costituzionale, ad es. la 118 del 1996) anche trattamenti che comportino il rischio di causare danni anche gravi alla salute del singolo (come la vaccinazione antipoliomielitica), nel caso in cui alla luce del giudizio di bilanciamento tra interesse individuale e collettivo alla salute questa appaia la soluzione corretta, e sempre che si adottino tutte le cautele possibili per ridurre al minimo il rischio di effetti negativi.

Ciò che è pacifico (salvo qualche 'zona d'ombra' in una sentenza della Corte, la n. 180 del 1994, e pochi autori controcorrente) è che il trattamento non può essere disposto nel solo interesse del singolo, ma deve avere la finalità di tutelare la salute collettiva da un pericolo diretto. E' da precisare che per lo più il termine 'salute collettiva' è inteso in senso ristretto, come salute dei singoli individui, e non come 'benessere sociale' in generale; si ritiene perciò minacciata solo quando lo stato di salute di una persona mette in pericolo direttamente la salute di altre persone.

Il punto che, come vedremo, appare più problematico nell'analisi della costituzionalità dei trattamenti ed accertamenti sanitari obbligatori per malattie mentali disciplinati dalla l. 833 del 1978, è proprio ciò che, da quanto fin qui emerso, è affermato senza tentennamenti da dottrina e giurisprudenza prevalenti: che cioè ci si può spingere fino ad imporre un trattamento sanitario, solo per motivi di *salute* pubblica. Restano così esclusi, in primo luogo, i motivi di *sicurezza* pubblica. Vi è chi si discosta da questa tesi, ritenendo costituzionalmente possibile imporre TSO per altri fini (abbiamo accennato in particolare al pensiero di PIZZI e BRUSCUGLIA), ma si tratta di posizioni minoritarie ed anche non diffusamente argomentate.

Rimane, però, la possibilità che anche nella tesi prevalente, per cui i TSO possono imporsi solo per finalità di salute pubblica si possano vanificare le conseguenze garantiste

della tesi stessa: potrebbero cioè pacificamente ammettersi TSO solamente per finalità di salute pubblica, secondo la disciplina e le garanzie *ex art. 32 Cost.*; ma potrebbe altresì sostenersi che è sufficiente aggiungere alcune garanzie formali (il rispetto delle procedure *ex art. 13 Cost.*) per poter imporre TSO per qualsivoglia finalità: sicurezza, ordine pubblico, interessi generali, ecc. Non tutti gli autori visti affrontano espressamente questo aspetto; pare che alcuni potrebbero comunque essere di questo avviso¹¹⁰⁹, ma non mi sembra di poter dire lo stesso della maggioranza di essi¹¹¹⁰.

La scelta di limitare l'imposizione di TSO ai soli fini di tutela della salute collettiva potrebbe sembrare poco comprensibile od opportuna. Ma sembra in realtà avere solidi motivi a suo fondamento, se ci si sofferma a riflettere un poco. La sua *ratio* è, credo, il ritenere il 'trattamento sanitario' qualcosa di estremamente invasivo della sfera personale, intima, dell'individuo; qualcosa che va a menomare e a modificare parte dell'essenza stessa, fisica e psichica, della persona. Se imposto, è espressione di un potere statale sulla persona, che – sotto certi aspetti almeno, e nei casi più gravi – può risultare ancor più invasivo di quanto possano essere

1109 Ad es. Vincenzi Amato, ove prende ad esempio il ricovero manicomiale in vigore fino al 1978 (ed oltre) come misura sanitaria e di prevenzione, in cui le garanzie *ex art. 13 e 32 Cost.* avrebbero dovuto sommarsi. L'A. non sembra ritenere inammissibile questa commistione (pur chiamandola “disciplina bastarda, incerta tra fini sanitari e fini di sicurezza pubblica”: espressione seppur tecnicamente corretta, non certo particolarmente elogiativa). Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., pp. 168 s.

1110 Lo nega espressamente ad es. Morana, *La salute*, cit. Più in generale la tesi presentata da ultimo nel testo sembra essere incompatibile con la posizione – adottata come visto dalla prevalente dottrina – per cui ove l'imposizione di trattamento sanitario sia limitativa della libertà personale si devono *sommare* le garanzie *ex artt. 32 e 13 Cost.*

carcere, misure di sicurezza e limitazioni alla libertà di circolazione. I trattamenti sanitari infatti incidono sulla *persona stessa*, non su suoi comportamenti; e, in alcuni casi, in modo permanente.

E' appena il caso di sottolineare che l'invasività degli interventi psichiatrici, tendenti per lo più a modificare i comportamenti individuali per mezzo di psicofarmaci che interferiscono e modificano i pensieri e le sensazioni stesse della persona, non è – a mio parere – di minor impatto rispetto all'invasività di un intervento chirurgico o di un'amputazione; in special modo quando questi trattamenti lasciano un segno indelebile sulla persona, a livello fisico o psichico. Essi vanno infatti ad incidere sul *pensiero* dell'individuo: cosa può immaginarsi di più invasivo? Quale più potente limitazione della libertà personale?

4. L'art. 32 e 13: I rapporti tra le norme costituzionali. Indipendenza o stretto collegamento?

4.1. La tesi dell'indipendenza dei due articoli.

In merito ai rapporti tra art. 13 ed articolo 32, VINCENZI AMATO, (e così anche AMATO¹¹¹¹), ritiene che “le due norme

1111 Amato, G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, spec. p. 527, nel testo e nota 63: “Al ricovero coattivo nei casi indicati non è forse neppur necessario che provveda il giudice, quando si ritenga che la loro riconducibilità all'art. 32 esclude la riserva di giurisdizione dell'art. 13”, “E' notoriamente sostenuta in dottrina, e con indubbio fondamento, l'ipotesi che l'art. 32, limitandosi a dettare una riserva di legge, non voglia ripetere quella di giurisdizione prevista dall'art. 13”.

non abbiano nulla in comune”, argomentando in primo luogo a partire dalla lettera dei due articoli (il 13 tratta di una “libertà inviolabile” in contrapposizione alla quale sono previste limitazioni; il 32 parla invece di un “diritto sociale” a cui sono affiancati, e non contrapposti, dei trattamenti obbligatori)¹¹¹², e soprattutto sottolineandone una radicale eterogeneità dei fini. Infatti l'Autrice, aderendo alla tesi che ritiene che l'art. 13 si riferisca non a tutte le misure restrittive della libertà personale, ma solo a quelle che “abbiano carattere afflittivo”, ed anzi “cui consegua degradazione della persona o che si fondino su un giudizio di disvalore”, conclude che le misure limitative della libertà personale previste dal secondo comma dell'art. 13 siano solo quelle “indirizzate a fini di difesa contro forme di devianza sociale”¹¹¹³.

Conseguentemente ritiene che l'esigenza dell'intervento del giudice, richiesta dall'articolo in questione, sia motivata non dalla coattività in sé delle misure, ma dalla “caratteristica di colpire comportamenti od atteggiamenti del soggetto, di fondarsi, in altre parole, su di un giudizio sulla sua personalità e pericolosità sociale”. E che quindi il venir meno di questa caratteristica, e di questa finalità, (che dovrebbe essere in effetti assente nei trattamenti *sanitari*) faccia venir meno altresì la necessità del controllo giurisdizionale¹¹¹⁴.

Seguendo questa tesi, quindi, nel caso di imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio – che sia eseguito coattivamente o meno – se disposto conformemente all'art. 32 (e quindi, secondo l'Autrice, in presenza di un pericolo diretto per la salute collettiva e nel rispetto della persona umana) “non solo non vi sarà luogo ad illegittimità del provvedimento legislativo che lo prevede, ma non vi sarà nemmeno luogo a

1112 Vincenzi Amato D., *Art. 32 - secondo comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna 1976, pp.166 ss.

1113 Vincenzi Amato D., *ibidem*, p. 170.

1114 Vincenzi Amato D., *ibidem*, p. 170.

discutere di privazione o limitazione della libertà personale”. In altre parole, “o la misura è legittima in base agli standards dell'art. in esame, ed allora non ha bisogno di alcun giudice per essere applicata, o non risponde ad essi, ed allora non c'è intervento del giudice che possa rimetterla in carreggiata rispetto all'art. stesso. Si potrà trattare, caso mai, di una misura non sanitaria che, in quanto tale, dovrà cercare altrove i fondamenti della sua costituzionalità”¹¹¹⁵. E' da notare che queste riflessioni sono state svolte dall'Autrice in un periodo di pochi anni precedente alla l. 180/1978 e alla riforma del SSN (l. 833/1978), leggi che portarono, come vedremo, notevoli cambiamenti nella materia dei TSO a livello legislativo. Ciononostante sono riflessioni di indubbio interesse, anche per quanto riguarda la parte specifica sui trattamenti per “malati mentali”, rispetto ai quali proprio l'aver scritto in periodo precedente alla riforma sembra essere spunto per riflessioni interessanti (su cui *infra*).

MODUGNO fa sua la tesi di VINCENZI AMATO: a suo parere, il parametro costituzionale rispetto al quale valutare la legittimità di un trattamento imposto per legge è unicamente l'art. 32. Conseguenza ne è che “proprio il consentire l'intervento del giudice in materia costituirebbe una indubbia violazione del dettato costituzionale che non lo prevede affatto”¹¹¹⁶. Egli vede il rischio, infatti, che proprio l'intervento del giudice autorizzi trattamenti sanitari coercibili non previsti da una legge “rinforzata” e necessariamente finalizzata al rispetto della persona umana”, finendo così per eludere “questa particolare garanzia teleologica specificamente predisposta per i casi di compressione del diritto fondamentale alla disposizione

1115 Vincenzi Amato D., *ibidem*, p. 176. Conforme Modugno, *Trattamenti sanitari “non obbligatori e Costituzione” (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 317 ss.

1116 Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 317 ss.

del proprio corpo”¹¹¹⁷.

L'A. approva dunque la scelta legislativa¹¹¹⁸ di affidare unicamente all'autorità sanitaria le procedure applicative di trattamenti sanitari imposti, che siano o meno applicabili coercitivamente, ritenendolo chiaro segno del fatto che il legislatore ha ritenuto estraneo alla materia l'art. 13 Cost., e “conseguentemente accantonato o ridotto ad ipotesi marginali (...) la riserva di giurisdizione e, per di più, 'volontaria giurisdizione’”¹¹¹⁹.

A conclusioni simili sembra giungere anche CRISAFULLI, secondo il quale l'art. 32 sarebbe norma speciale rispetto all'art. 13, sulla base della presenza in 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)” 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 giurisdizione, prevista dall'art. 13)”¹¹²⁰.

1117 *Ibidem*, p. 318. L'A. fa qui riferimento ai provvedimenti autorizzativi di trattamenti coercitivi al di fuori di una legge che specificamente li preveda, come avviene per l'emotrasfusione contro la volontà dei Testimoni di Geova: in questi casi il provvedimento giudiziario ha “completamente ignorato o, in ogni modo, pretermess[o] e arbitrariamente subordinat[o] ad altri principi costituzionali “i valori ed i contenuti etici e religiosi che sostanziano il principio del rispetto della persona umana”. Se è pur vero però che ove vi sia un controllo giurisdizionale, vi possono essere anche decisioni scorrette, che vengono meno al principio del rispetto della persona umana, non sembra che togliere qualsiasi tipo di controllo ed affidarsi alla mera riserva di legge sia una soluzione più garantista.

1118 Come vedremo effettuata con la legge 833/1978,

1119 Modugno, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 320.

1120 Crisafulli V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 560.

Così anche BARILE: egli infatti si domanda se “la misura [sanitaria] legittima e coattiva possa essere applicata senza l'intervento del giudice (...) (anche con riferimento all'art 13)”. La risposta che ritiene “più lineare” è che “la privazione o limitazione della libertà personale che può derivare dalla misura sanitaria non abbisogna di un giudice per essere applicata, *non essendo una misura afflittiva o degradante*”. Non ritiene però convincente l'affermazione per cui l'art. 32 derogherebbe al 13; per cui conclude “Ma forse basta rilevare che in pratica – e secondo lo spirito della Costituzione – lo stesso legislatore, quando ha previsto misure sanitarie coattive, ha disposto un controllo giurisdizionale sulla applicazione di esse”¹¹²¹. Ammetto che non mi risulta del tutto chiaro quale sia la posizione definitiva dell'A. Tentando di ricostruirla, sembra plausibile che egli ritenga che vi sia in definitiva la necessità di un controllo giurisdizionale in caso di misure sanitarie imposte coattivamente, ma che essa si fondi non tanto sull'art. 13 Cost., quanto su un più generico “spirito della Costituzione”.

4.2. La tesi della sovrapposizione delle garanzie ex art. 13 e art. 32.

4.2.1. La tesi dell'art. 13 come norma “servente”.

Le tesi sin qui esposte sono rigettate, in primo luogo, da quella dottrina (MERLINI) che accoglie la tesi, sviluppata inizialmente da ELIA, che considera l'art. 13 come norma “servente”.

1121 Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Torino, 1984, p. 386.

Il dibattito dottrinale sull'art. 13 si è sviluppato in gran parte avendo come punto di riferimento le misure di prevenzione: la loro natura e soprattutto la loro dubbia legittimità nell'ordinamento costituzionale. Infatti le limitazioni di libertà conseguenti all'applicazione delle misure di prevenzione sono applicabili *a prescindere* dalla commissione di reati: ci si chiede dunque se vi sia, e quale sia, il fondamento costituzionale della loro legittimità, ed il rapporto tra esse e l'art. 13 Cost. Le diverse riflessioni emergenti da questo dibattito, cui qui accenneremo, riguardando la natura dell'art. 13 possono aiutare a chiarire anche i rapporti tra questo l'art. 32.

Secondo la teoria di ELIA, l'art. 13 ha una struttura “tutta di natura processuale, *servente* a norme sostanziali della Costituzione che stanno al di fuori di esso: non può essere la *fonte prima* di limitazioni della libertà personale, in quanto si limita a disciplinare le ipotesi e le modalità delle limitazioni richieste per l'attuazione degli articoli 25, 30 e 32 Cost.”¹¹²².

E' una teoria che reagisce all'interpretazione data da alcuni commentatori della Costituzione per cui non è necessario che il legislatore, nel porre limiti alla libertà personale, segua specifiche finalità previste dal testo costituzionale (in particolare la finalità di repressione penalistica della commissione dei reati), potendo “vietare qualsiasi comportamento umano, pur senza definirlo reato, sanzionandolo con limitazioni di libertà”¹¹²³. Un esempio di quest'interpretazione (seppur con i dovuti distinguo) può forse ritrovarsi in GUARINO, quando afferma che l'art. 13, 2° comma richiede “solo la previa esistenza di una legge generale e l'intervento, con atto motivato, dell'autorità giudiziaria. Non è invece richiesto che vi sia anche un fatto specifico contemplato

1122 Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 949.

1123 Barile, *Diritti dell'uomo*, cit.

dalla legge come reato, che il soggetto sottoposto alla restrizione abbia commesso questo fatto, e che l'atto motivato del giudice abbia carattere di sentenza definitiva. Le restrizioni di cui all'art. 13, 2° comma, possono perciò essere imposte sia in funzione di un processo in corso o da instaurare, sia per la tutela di *qualsiasi altro interesse pubblico*, in vista del cui perseguimento la compressione della libertà personale appaia indispensabile”; dunque “esse, dal punto di vista costituzionale, hanno una *finalità indifferenziata*”¹¹²⁴.

ELIA, come accennato, rigetta impostazioni di questo tipo, elaborando una diversa teoria. Egli porta a sostegno di questa tesi, principalmente, “argomenti positivi e negativi”. L'argomento positivo riguarda il fatto che l'art. 13, al quinto comma, fa espressamente riferimento alla carcerazione preventiva. Ciò sarebbe indice del fatto che le limitazioni della libertà personale, disciplinate dall'articolo 13, trovano in realtà fondamento non nello stesso art. 13 ma in *altre* norme costituzionali (in questo caso il riferimento è all'art. 25 Cost., senza con ciò escludere “che in altri articoli della Costituzione, diversi dal 25, possa rinvenirsi una [altra] causa che renda legittime, anzi doverose, le restrizioni stesse”¹¹²⁵).

Tra gli argomenti negativi l'Autore pone, in primo luogo, la “stranezza” che si avrebbe se “in una materia così delicata la riserva di legge [prescindesse] da ogni riferimento alle finalità ed ai motivi per cui si prevedono le restrizioni”¹¹²⁶. Porta ad esempio la misura del rimpatrio obbligatorio come misura di prevenzione: l'art. 16 della Costituzione prevede che “Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale *per motivi di sanità o di sicurezza*”.

1124 Guarino, *Lezioni di diritto pubblico*, II dispensa, Milano, 1967, pp. 11-12 (corsivo mio).

1125 Elia, *Le misure di prevenzione*, cit.

1126 Elia, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 949.

Sarebbe assurdo se si avesse una tutela maggiore (una riserva di legge rinforzata: limitazioni sarebbero consentite per i soli motivi di sanità o sicurezza, *ex art. 16*) per la libertà di circolazione, e una minore invece per “ogni e più grave modo di restrizione della libertà personale” che si faccia ricadere esclusivamente sotto l'art. 13, che potrebbe essere disposto, seppur con atto motivato dell' A.G. e secondo previsione di legge, “per qualsiasi fine”¹¹²⁷. Ad esempio basterebbe configurare la misura del rimpatrio come incidente sul diritto di libertà personale e non (anche) “sulla situazione di libertà individuata concretamente dall'art. 16”¹¹²⁸ per renderla imponibile per qualsiasi motivo.

Le sue riflessioni su quella che è la materia dei TSO coattivi sono la seguenti: “gli interventi in materia sanitaria quando siano di carattere personale, in relazione a singole persone, non possono metter capo né al rimpatrio obbligatorio, né alla sorveglianza speciale nelle sue varie forme, ma soltanto all'isolamento, e perciò si risolvono in restrizione della libertà personale, *regolate come tali dall'art. 13 in relazione all'art. 32* (altrimenti perché il magistrato dovrebbe intervenire per gli internamenti degli intossicati e dei malati di mente?); e resterebbe sempre la possibilità di interventi di urgenza”¹¹²⁹.

Secondo ELIA, quindi, l'art. 13 conterrebbe una riserva di legge “dipendente o processuale, subordinata alle riserve di legge “sostanziali” contenute negli artt. 25, 30, e 32 Cost. in un rapporto di strumentalità necessaria”, e sarebbe questa la sola interpretazione che “non svuoti le garanzie previste dal sistema

1127 Come invece sosterebbe, come accennato *supra*, Guarino e, tra gli altri, Grossi, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 210 – 216, citazione riportata in Elia, *cit.*, p. 950 n. 35.

1128 Elia, *Le misure di prevenzione*, *cit.*

1129 Così Elia, *Le misure di prevenzione*, *cit.*, p. 945, nota 20 (corsivo mio).

a proposito di libertà personale”¹¹³⁰. Egli sembra quindi ritenere che solo questa impostazione consenta di giungere a conclusioni adeguate per quanto riguarda il mantenimento delle garanzie della libertà personale. Proprio il ritenere che vi sia un “vuoto di fini” nell'art. 13 è, secondo l'A., ciò che porta la Corte Costituzionale a ravvisare almeno un limite *implicito* alla libertà personale insito nell'ordinamento statuale, costituito dalle esigenze di difesa sociale¹¹³¹.

1130 Elia, *ibidem.*, p. 950.

1131 Elia, *ibidem.*, p. 951. Si può portare ad esempio una serie di sentenze, in cui la Corte sembra ravvisare un limite implicito, insito nel nostro ordinamento in quanto tale, ma si sforza anche di trovare degli appigli nel testo costituzionale per fondare questa valutazione: C. Cost. 27/1959: “tali limitazioni sono informate al principio di prevenzione e di sicurezza sociale, per il quale l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire. E' questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione. E in effetti l'art. 13, con lo statuire che restrizioni alla libertà personale possono essere disposte soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, riconosce per ciò stesso la possibilità di tali restrizioni in via di principio. (...) Eguale riconoscimento è sancito negli articoli 16 e 17 della Costituzione. (...) Infine l'art. 25, secondo comma, col riaffermare il principio, già espresso dall'art. 199 del Codice penale, per il quale nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi stabiliti dalla legge, accoglie per ciò stesso nell'ordinamento il sistema delle misure di sicurezza a carico degli individui socialmente pericolosi. È ben vero che le misure di sicurezza in senso stretto si applicano dopo che un fatto preveduto dalla legge come reato sia stato commesso (art. 202 c.p.), e quindi per una pericolosità più concretamente manifestatasi; ma poiché le misure di sicurezza intervengono o successivamente all'espiazione della pena, e cioè quando il reo ha già per il reato commesso soddisfatto il suo debito verso la società, ovvero (a parte le ipotesi di cui agli art 49

Proprio queste posizioni della Corte hanno spinto alcuni a ritenere che in questo modo si configuri “un vuoto inconcepibile in materia di libertà personale, mentre riserve rinforzate di legge compaiono, ad esempio, relativamente alla libertà di circolazione ed in materia di iniziativa economica privata”¹¹³².

MERLINI, come accennato, accoglie la tesi di ELIA, affermando ad esempio: “La 'dottrina' della Corte Costituzionale tende (...) a suggerire che esista un potere generale dello Stato di procedere a restrizioni della libertà personale per qualsiasi fine e che tale potere si fondi su quell'art. 13 che non dà alcun rilievo ai motivi per i quali è disposta tale restrizione. Tuttavia, se così fosse, risulterebbe

e 115 c.p.) in casi nei quali il fatto, pur essendo preveduto dalla legge come reato, non è punibile, bisogna dedurre che oggetto di tali misure rimane sempre quello comune a tutte le misure di prevenzione, cioè la pericolosità sociale del soggetto.”

C. Cost. 23/1964, in *Giur. Cost.* 1964, pp. 193 ss. (con nota di Nuvolone): “Questa Corte ha già avuto occasione di ravvisare *il fondamento di tali misure* [le misure di prevenzione] *nel principio secondo cui l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive* contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire: *sistema che corrisponde ad una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli art 13, 16 e 17 Cost.*” (corsivo mio).

1132 Così Merlini S., *Libertà personale e tutela della salute mentale*, in *Democrazia e diritto*, 1970, p. 73, richiamando Elia, *Le misure di prevenzione*, cit., e Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 535: “E' palese, orbene, che l'uso, per la libertà dalle misure preventive, del medesimo metro usato per quella economica – la quale deve conoscere con esattezza i propri limiti e la propria estensione – (...) avrebbe (...) inferto un duro colpo alla legge del 1956”. L'A. fa qui riferimento alle sentenze 35/1961 e 4/1962 della Corte Costituzionale ed alla l. 1423/1956 (misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità).

assai strano che la Costituzione abbia voluto contemporaneamente introdurre una serie di riserve di legge rinforzate [l'A. si riferisce agli artt. 25, 30 e 32 Cost.] in riferimento ai motivi *determinati* in base ai quali quella stessa libertà personale può essere limitata; lasciando, invece, libero il legislatore di procedere ad una serie indefinita ed indefinibile di 'altre' restrizioni, totalmente libere nel fine, così come possono esserlo nella durata; mentre risultano identiche per gli effetti sostanzialmente raggiungibili – e cioè la coercizione fisica – a quelle misure per le quali la Costituzione indica principi e direttive assai penetranti. Meglio ritenere, allora, che quei 'motivi determinati', siano, in realtà, i soli motivi per i quali si può giungere a limitazioni della libertà personale¹¹³³. E ritiene che l'accogliere questa concezione “richieda, come suo presupposto necessario, che le garanzie procedurali dell'art. 13 debbano *sempre* intervenire quando si eserciti un potere coercitivo in grado di limitare la libertà personale: e, perciò, anche per tutti i provvedimenti “sanitari” della seconda specie¹¹³⁴.

Dello stesso parere sono anche ROMANO e STELLA. Essi ricordano e criticano duramente la tesi secondo cui, quando si tratti di trattamenti sanitari, non può esser fatto valere l'art. 13 Cost., ma l'art. 16, che solo dovrebbe essere invocato “perché parla di motivi di sanità e sicurezza, che sono proprio quelli che entrano in gioco in caso di malattie mentali”¹¹³⁵, mentre l'art. 13

1133 Merlini, *Libertà personale*, cit., p. 73. Corsivo nel testo.

1134 Sempre Merlini, *Libertà personale*, cit., p. 77. Corsivo nel testo.

Con “provvedimenti della seconda specie” l'A. si riferisce a “quei trattamenti sanitari che comportano una – anche se temporanea e parziale – restrizione della libertà personale”

1135 Porta, *L'ammissione negli ospedali psichiatrici*, in *Atti del Convegno nazionale di studi per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, Milano, 1956, p. 347, citato da Romano e Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente*:

si riferirebbe a situazioni “che evidentemente non hanno nulla a che fare con la fattispecie che ci interessa [i TSO per malattie mentali]”¹¹³⁶. La tesi da loro criticata afferma che quindi “l'autorità a cui far ricorso in caso di ricovero forzato del malato di mente non deve essere necessariamente quella giudiziaria; può essere semplicemente quella amministrativa, e precisamente quella di specifica competenza sanitaria: l'ufficiale sanitario, il medico provinciale”¹¹³⁷. ROMANO e STELLA ritengono che sia “erronea, (...) ed evidentemente in contrasto con ovvie esigenze di civiltà, (...) la convinzione che quando la posta in gioco sia costituita dalla restrizione della libertà personale, si possa fare a meno delle garanzie offerte soltanto dall'autorità giudiziaria”¹¹³⁸. Fanno proprie le osservazioni di VASSALLI, secondo il quale “il controllo giudiziario è una garanzia irrinunciabile” e che sottolinea come non si tratti di “sfiducia verso il medico, di paure infondate, di prevenzioni, né della pretesa che pare assurda di voler ad ogni costo prevenire, attraverso un sistema macchinoso, un delitto” – il sequestro di persona – “di rarissima verifica che tuttavia può essere perpetrato, sia pur per un breve periodo, ad opera di congiunti o di altre persone estranee alla cerchia dell'ospedale psichiatrico”¹¹³⁹.

Gli autori motivano la loro posizione argomentando a partire dall'interpretazione dell'art. 13 che ritengono sia da

aspetti penalistici e costituzionali (relazione tenuta al convegno di psichiatria a Monguzzo, Como il 23 giugno 1973), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, pp. 388 ss.

1136 *Ibidem.*

1137 *Ibidem.*

1138 Romano e Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico*, cit.

1139 Così Vassalli, in *Atti del Convegno nazionale*, cit., p. 438, citazione riportata in Romano e Stella, *Ricoveri, dimissioni*, cit., p. 401.

accogliere, cioè quella di norma 'servente', secondo la tesi di ELIA. “Se si accetta questo ordine di idee, la pretesa di escludere l'applicabilità dell'art. 13 ai ricoveri forzosi negli ospedali psichiatrici appare destituita di fondamento”¹¹⁴⁰.

In ogni caso è da ricordare l'osservazione di MERLINI che fa notare come nonostante “non tutta la più recente dottrina che si è occupata dei problemi della libertà personale [abbia] accettato la tesi dell'ELIA sulla natura dell'art. 13 C., tuttavia rimane ormai chiaro alla sensibilità degli studiosi che l'art. 13 non può più essere considerato l'unica sede dove si svolge la disciplina costituzionale sostanziale della libertà personale ed è, quindi, necessario ricercare anche altrove i principi che regolano questa materia”. Fa notare, in altre parole, che nonostante premesse teoriche differenti (articolo 13 come norma 'servente' o meno), la dottrina maggioritaria sembra concordare sulla “necessità di una interazione fra i principi degli artt. 25, 27, 32 e quelli dell'art. 13”¹¹⁴¹; su almeno alcune conseguenze pratiche insomma. L'art. 32 non potrà dunque ritenersi indipendente dall'art. 13: le restrizioni di libertà legittimate sulla base dell'art. 32 dovrebbero necessariamente soddisfare anche le garanzie procedurali previste dall'art. 13 Cost.

1140 Romano – Stella, *Ricoveri, dimissioni*, cit., p. 402.

1141 Merlini, *Libertà personale*, cit., p. 71 ss. Può ad esempio citarsi Amato come esempio di autore che non ritiene l'art. 13 'norma servente', ma che considera che “ogni potestà pubblica deve trovare un fondamento, sia pur generico, nel sistema costituzionale in cui viene esercitata, non essendo ammissibile legittimarla in astratto alla luce di una aprioristica nozione dello Stato e dei suoi compiti”. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 504. Il legislatore non è insomma totalmente libero: deve in ogni caso legiferare conformemente alle norme costituzionali. Per quanto riguarda le garanzie da riconoscersi in caso di TSO, però, l'A. ritiene comunque – come visto *supra* - che essi, ancorché coattivi, possano esulare dalle garanzie *ex art. 13 Cost.*

4.2.2. *Le posizioni di chi non accoglie la teoria dell'art. 13 come norma "servente".*

Accenniamo ora alle riflessioni di GUARINO. Abbiamo visto come anch'egli non ritenga l'art. 13 'norma servente'. In merito al coordinamento tra l'art. 13 e altre norme costituzionali, egli ritiene che "la disciplina dettata in via generale per le limitazioni della libertà personale si applica anche alle limitazioni che trovino fondamento in norme costituzionali particolari, *salvo che da queste si evinca la volontà di disciplinare in modo diverso questa specifica parte della materia*"¹¹⁴². In particolare, rispetto alle restrizioni 'terapeutiche', ritiene che il fine sanitario possa autorizzare "sia singole restrizioni, sia una più ampia compressione della libertà personale. Gli interventi, motivati da ragioni sanitarie, possono poi avere carattere sia individuale, sia generale e riferirsi ad intere categorie di cittadini. Le *deroghe* alla tutela accordata dall'art. 13 sono però ammesse nei soli limiti in cui siano strettamente indispensabili per il perseguimento della finalità sanitaria; è perciò necessario che questa sia esattamente specificata, e che sia accertabile la sua sussistenza in concreto. Le forme procedurali contemplate dall'art. 13, 2° comma, devono essere osservate, a meno che non siano sicuramente incompatibili con le esigenze sanitarie che si intendono tutelare; ove sia necessario prescindere dall'intervento dell'autorità giudiziaria, è indispensabile che la restrizione della libertà a fini sanitari sia imposta, sulla base della legge, con atti amministrativi, anche se a carattere generale, di modo che sia accertabile attraverso il sindacato giurisdizionale la sussistenza in concreto dell'esigenza sanitaria la cui presenza è indispensabile per giustificare le deroghe all'art. 13 Cost"¹¹⁴³.

1142 Guarino, *Lezioni*, cit., p. 8 (corsivo mio).

1143 Guarino, *ibidem*, p. 35 (corsivo mio).

Le riflessioni di CERRI¹¹⁴⁴ sembrano tentare di raggiungere una posizione “di mezzo”, che medi tra le differenti tesi; il risultato sembra però in un certo senso più che altro oscillare da una tesi all'altra. Alcune sue affermazioni sembrano muovere da posizioni molto vicine alla tesi che considera “strumentale” l'art. 13, come ad esempio quella secondo cui “le considerazioni che precedono conducono ad aderire alla tesi secondo cui la libertà personale può essere sacrificata *solo* in ipotesi *tipiche* previste dalla Costituzione”. Questa presa di posizione viene però subito temperata dall'osservazione secondo cui i connotati delle “ipotesi tipiche” previste dalla Costituzione - che sole giustificherebbero la limitazione di libertà personale - vanno ridotte “all'essenziale”, e dalla precisazione che “non si accede (...) alla tesi più rigorosa secondo cui solo fini costituzionalmente garantiti consentono un sacrificio della libertà personale; ciò perché questa tesi forza troppo la lettera dell'art. 13 Cost.; costringe la libertà del legislatore entro limiti eccessivamente angusti (...); trascura di considerare che anche piccole infrazioni, ripetute e generalizzate, possano rendere impossibile la convivenza (...); vero è peraltro che occorre una certa proporzione tra fini perseguiti e misura restrittiva della libertà”¹¹⁴⁵. Infine, l'A., ritornando sull'argomento, osserva “che la riserva di cui all'art. 13 Cost. è in qualche modo rinforzata”, che “deve esistere una certa proporzione tra fini previsti dalla legge e misura restrittiva della libertà”, e soprattutto che “la libertà personale può esser sacrificata *solo* in base a norme di legge riconducibili ad alcuni tipi previsti dalla Costituzione (pur se lo spessore logico di questi tipi è, come abbiamo accennato, piuttosto esiguo)”¹¹⁴⁶. L'A. sembra di fatto accogliere un concetto di riserva rinforzata

1144 Cerri A., *Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.

1145 Cerri, *ibidem*, p. 7 (corsivo mio).

1146 Cerri, *ibidem*, p. 10 (corsivo mio).

“morbida”, non strettamente vincolante a articoli precisi, ma a più generiche “ipotesi tipiche” che sarebbero previste dalla Costituzione (di cui, però, non sembra essere del tutto chiara la natura). Sotto questo aspetto le sue posizioni sembrano essere equiparabili a quelle di AMATO ¹¹⁴⁷.

Per quanto riguarda l'applicazione di queste teorie alla concreta tematica dei limiti costituzionali all'imposizione di TSO coattivi, CERRI afferma che “in riferimento ai ricoveri coatti dei malati di mente, in relazione a cui tradizionali ed evidenti sono le esigenze di garanzia (...), ma anche con riguardo a misure coercitive diverse (vaccinazioni, ecc.) (...) possono apparire eccessive le garanzie 'a perfetta tenuta' dell'art. 13 Cost. e più opportuno un agile strumento di difesa contro abusi solo eventuali quale potrebbe esser dato dall'azione di *habeas corpus*. E, tuttavia,” ritiene non contestabile anche i questi casi “l'opportunità di una 'sede' giudiziaria ove si possano far valere le proprie ragioni (...) ed ove possa anche essere sollevata questione di costituzionalità”¹¹⁴⁸. E suggerisce l’“opportunità di modellare il procedimento in forme simili a quelle del procedimento per decreto, in casi nei quali il pericolo di abuso si presenti davvero remoto”¹¹⁴⁹. Sembra quindi ammettere da un lato la necessità di una giurisdizionalizzazione delle misure coattive sanitarie, ma dall'altro sottolinea l'inopportunità di un controllo “pieno”, dal momento che ritiene il “pericolo di abuso” “davvero remoto”.

1147 Cfr. *supra*, in questo paragrafo, ed il già citato Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 504.

1148 Critica perciò la legge 833 del 1978 perché ritiene abbia 'amministrativizzato' le misure coercitive nel settore sanitario (pur quando è previsto l'intervento del giudice) poiché si ispirerebbe all'idea per cui solo gli atti che degradano la dignità sociale o quelli in settori tradizionalmente considerati ad effettivo rischio di abuso comporterebbero l'operatività delle garanzie previste dall'art. 13.

1149 Cerri, op. cit., p. 9.

Esaminiamo altresì la posizione di PACE sul punto: egli esclude che l'art. 13 sia una norma meramente 'servente': "Non sembra, invece, che le finalità, per le quali le restrizioni della libertà personale possono essere previste dalla legge, debbano essere necessariamente previste in Costituzione". Contro "la tesi che la disciplina dell'art. 13 Cost. sarebbe meramente "servente" rispetto alle specifiche finalità di giustizia penale (art. 25 Cost.), di educazione dei minori (art. 30 Cost.) e di tutela della salute (art. 32 Cost.), (...) può essere obiettato che l'art. 13 comma 2 Cost. prevede bensì una riserva assoluta di legge, ma non una riserva di legge 'rinforzata". Il 'rafforzamento' della 'riserva' costituisce un limite ulteriore alla potestà legislativa, il quale, per poter essere fatto valere, deve essere esplicito (art. 3 commi 3 e 5; art. 16 comma 1 Cost.) o, quanto meno, esplicitabile in forza di interpretazione sistematica (ad es., la disciplina legislativa dei mezzi di diffusione del pensiero deve garantire il pluralismo (...)"¹¹⁵⁰. Ed in base infatti ad una lettura sistematica degli artt. 13 e 14 l'A. argomenta a favore della sua tesi: l'art. 14 al terzo comma prevede una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata dal secondo comma. Prevede che possano derogare dalla disciplina generale dettata dal secondo comma leggi speciali "*per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali*". In base a questo, ritiene "ragionevole supporre" che la disciplina generale, dettata dal secondo comma e che segue "le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale", non sia invece "vincolata al perseguimento di specifiche finalità (...) come invece vorrebbe la tesi prospettata, per primo, dall'Elia". "Non è perciò incostituzionale, in sé e per sé, che le leggi prevedano – come in effetti prevedono – limitazioni della libertà personale anche per motivi ulteriori rispetto a quelli

1150 Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali – Parte speciale*, Padova, 1992, pp.190 ss.

sottolineati dall'Elia: ad es., motivi di buon costume, fini economici e fiscali, finalità di giustizia civile, di sicurezza pubblica”¹¹⁵¹.

PACE, conseguentemente alla sua concezione di “libertà personale” come libertà da costrizioni fisiche (su cui *supra*, par. 2), ritiene che la disciplina dell'art. 13 debba trovare applicazione ogni qual volta si abbia una restrizione della libertà personale¹¹⁵². Quindi anche nel caso in cui questa sia dovuta all'applicazione di un TSO. Infatti afferma: “Potremmo perciò qualificare come misure coercitive della libertà personale, come tali assoggettate alle regole dell'art. 13, tutte le forme di detenzione, di arresto, di ispezione o di perquisizione, nonché ‘...qualsiasi altra restrizione della libertà personale’, quale che sia la finalità concretamente perseguita (giustizia penale, sanità, sicurezza pubblica, ecc.)”¹¹⁵³. Ed inoltre: “dovrà ammettersi il carattere coercitivo delle misure che servano a rafforzare obblighi o divieti, non potendo la strumentalità del nesso di quelle con questi giustificare sottrazioni di sorta alla disciplina dell'art. 13. (...) L'art. 13 (...) non ammette possibilità di deroghe con leggi speciali, per motivi di salute e di incolumità pubblica. D'altro canto, mai potrebbe, dall'autorità pubblica, essere invocato l'art. 32 Cost. per derogare, per motivi di salute, alla portata e alle garanzie dell'art. 13, poiché se è già lo stesso art. 16 Cost.¹¹⁵⁴ a comprovare l'assoluta estraneità dell'art. 32 alla disciplina delle restrizioni 'obbligatorie' alla circolazione 'per motivi di sanità', *a fortiori* nell'art. 32 non

1151 Pace, *ibidem*.

1152 Si veda però *supra*, par. 2.1. Analogamente Onida, *Dignità della persona*, cit., p. 362.

1153 Pace, *ibidem*, pp. 179 ss.

1154 Art. 16 Cost.: “Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, *salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e sicurezza.* (...)”.

possono trovare fondamento o giustificazione restrizioni addirittura 'coercitive'¹¹⁵⁵. Ancora, ciò discenderebbe dal combinato disposto degli art. 13 e 14¹¹⁵⁶: “sembrerebbe contraddittorio consentire [a che l'art. 32 deroghi al 13], quando per l'art. 14, che richiama le garanzie della stessa libertà personale (comma due), il Costituente avvertì il bisogno di una espressa previsione (comma tre) perché esse potessero essere superate per motivi di sanità e incolumità pubblica e per motivi economici e fiscali”¹¹⁵⁷. Ed anche, specificando le conseguenze nel campo che ci interessa: “E' quindi legittimo che ci si sottoponga a visita medica o ad internamento in casa di cura; dovrebbe peraltro essere parimenti consentito di revocare l'assenso in qualsiasi istante. Se invece la volontà dell'internando non è 'libera', perché questi, ad esempio, è in stato di agitazione psicomotoria, allora come il suo internamento non può ritenersi spontaneo, così il prolungamento del ricovero diverrebbe contro legge se effettuato senza l'autorizzazione e il controllo dell'autorità giudiziaria”¹¹⁵⁸.

Recentemente ha preso posizione su questi argomenti MORANA, la quale ritiene che l'art. 13 e l'art. 32 si integrino “dando vita ad una disciplina piuttosto articolata”. Ritiene però necessario specificare che “la ricostruzione che si è tentato di esporre, peraltro, non implica l'adesione alla autorevole tesi che

1155 Così sempre Pace, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in Enc. dir., XXIV, Milano 1974, p. 296.

1156 Art. 14: “Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici sono regolati da leggi speciali”.

1157 Pace, voce *Libertà personale*, cit., p. 298 e 299.

1158 Pace, voce *Libertà personale*, cit., p. 307.

vede nella libertà personale una libertà “servente”, o strumentale, rispetto all'art. 32, oltre che agli artt. 25 e 30 Cost. Altro è, infatti, affermare che alcune fattispecie (i trattamenti sanitari coattivi) sono regolate dal combinato disposto degli artt. 13 e 32 (nonché 111); altro è dire che i casi in cui si può limitare la libertà personale sono fissati direttamente nella Costituzione, e tra questi quello disciplinato nell'art. 32 Cost.”¹¹⁵⁹.

L'autrice chiarisce la sua posizione in modo netto e chiaro, per quanto riguarda la necessità di applicare le garanzie *ex art.* 13 a tutti i casi di limitazione di libertà (che rientrino nel concetto di “libertà personale” fatto proprio), per *qualsiasi fine* siano stati disposti. In particolare, fa riferimento ai TSO: “qualora il trattamento sanitario sia coattivamente imposto, alle garanzie previste dall'art. 32 Cost., si aggiungono quelle riconosciute dalla Costituzione a tutela della libertà personale (e cioè non solo la riserva assoluta di legge, ma anche quella di giurisdizione, con la sola possibilità di derogare a quest'ultima in casi eccezionali di necessità ed urgenza - *ex art.* 13, commi 2 e 3 - nonché la possibilità del ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.)”. Sottolinea fortemente che “al regime che regola la limitazione della libertà di salute *non si sostituisce*, piuttosto si affianca, quello che presidia le limitazioni della libertà personale (...) Si è in presenza, così, di una delle '*altre*' restrizioni della libertà personale, cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 13 Cost., che condividono con quelle espressamente indicate il carattere di restrizione fisica, e tra le quali già in assemblea costituente si riconobbe che potessero entrare quelle richieste da impellenti esigenze sanitarie”¹¹⁶⁰. Esse comunque devono soddisfare sia le garanzie previste dall'art. 13, che quelle dell'art. 32: “Non

1159 Morana, *La salute*, cit., p.191 ss.

1160 Morana, *La salute*, cit., pp. 186 ss.

potrebbe, perciò il legislatore, sulla base del solo art. 13 Cost., limitare il godimento della libertà di salute ed imporre coattivamente un trattamento non giustificabile ai sensi dell'art. 32 Cost.”¹¹⁶¹. Può dirsi insomma che la riserva di legge posta dall'art. 13 assuma carattere rinforzato, combinandosi con il disposto dell'art. 32, “nella parte in cui questo assegna alle limitazioni il fine esclusivo della tutela della salute della collettività, oltre al limite del rispetto della persona umana”¹¹⁶².

4.3. La giurisprudenza costituzionale.

Analizziamo ora qual è la posizione della Corte Costituzionale sul punto. Ci limiteremo qui a segnalare le sentenze che più da vicino hanno trattato il problema del coordinamento art. 13 - art. 32, con particolare riguardo per quelle che si sono occupate dei TSO psichiatrici.

4.3.1. La sentenza 74 del 1968.

Iniziamo segnalando la sentenza n. 74 del 1968¹¹⁶³. Questa importante pronuncia ha ad oggetto la disciplina del ricovero coatto in manicomio, previsto dalla l. 36 del 1904¹¹⁶⁴.

1161 Morana, *ibidem*, p. 189.

1162 Morana, *ibidem*, p. 196.

1163 C. Cost., 27 giugno 1968, n. 74, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 1080 ss., con nota di Andrioli. V., *Gli infermi di mente avanti la Corte Costituzionale*.

1164 Per una descrizione dei procedimenti di internamento previsti dalla l. 36 del 1904 si veda tra gli altri Romano – Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali* (relazione tenuta al convegno di psichiatria a Monguzzo, Como il 23 giugno 1973), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, pp. 388 ss.

Va qui ricordato (si veda anche *infra*) che questa legge, rimasta in vigore fino alla successiva l. 180 del 1978, prevedeva che fossero necessariamente custodite e curate in manicomio “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”¹¹⁶⁵. L'internamento *doveva* essere chiesto dai parenti o tutori, e *poteva* essere chiesto “da chiunque altro nell'interesse degli infermi e della società”¹¹⁶⁶. Per quanto riguardava il licenziamento dal manicomio, l'art. 3 prevedeva che esso fosse autorizzato per gli “alienati guariti” “con Decreto del presidente del tribunale sulla richiesta o del direttore del manicomio, o delle persone menzionate nel primo comma dell'articolo precedente o della deputazione provinciale. Negli ultimi due casi dovrà essere sentito il direttore. (...) Il direttore del manicomio può ordinare il licenziamento, in via di prova, dell'alienato che abbia raggiunto un notevole grado di miglioramento e ne darà immediatamente comunicazione al procuratore del Re e all'autorità di pubblica sicurezza”.

La questione di legittimità costituzionale era stata

1165 Art. 1, l. 36/1904.

1166 Art. 2, l. 36/1904: “L'ammissione degli alienati nei manicomi deve essere chiesta dai parenti, tutori o protutori, e può esserlo da chiunque altro nell'interesse degli infermi e della società. Essa è autorizzata, in via provvisoria, dal pretore sulla presentazione di un certificato medico e di un atto di notorietà, redatti in conformità delle norme stabilite dal regolamento, ed in via definitiva dal tribunale in camera di consiglio sull'istanza del pubblico ministero in base alla relazione del direttore del manicomio e dopo un periodo di osservazione che non potrà eccedere in complesso un mese. (...) L'autorità locale di pubblica sicurezza può, in caso di urgenza, ordinare il ricovero, in via provvisoria, in base a certificato medico, ma è obbligata a riferirne entro tre giorni al procuratore del Re, trasmettendogli il cennato documento (...)”.

sollevata in riferimento a più aspetti della suddetta legge; quelli che furono accolti e che qui rilevano sono quelli relativi alla sussistenza in questi casi di una limitazione della libertà personale e alla conseguente necessità del diritto di difesa ex art. 24 Cost., poiché la disciplina legislativa non garantiva il diritto di difesa dell'infermo nel corso del procedimento di internamento. Il giudice, nell'ordinanza di remissione, sottolineava che “I provvedimenti previsti dalla legge impugnata possono, dal punto di vista pratico, rivestire importanza pari o superiore a quella dell'irrogazione di un ergastolo, (...) tanto più perché, in mancanza di un periodico controllo dell'autorità giudiziaria, si affida all'arbitrio generico e amplissimo del direttore di un manicomio la facoltà del licenziamento dell'infermo in via di prova”¹¹⁶⁷ e lamentava quindi il fatto che la legge non prevedesse le garanzie del contraddittorio¹¹⁶⁸.

La Corte ritenne fondate alcune delle questioni sollevate. Per la materia che qui interessa, è importante la netta affermazione dei giudici per cui “*Non v'è dubbio che il provvedimento di ricovero coattivo di un soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale*”, e che quindi debba rispettare le disposizioni dell'art. 13 Cost. La Corte nel caso ritenne che queste fossero effettivamente soddisfatte dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 2 della legge e delle norme del c.p.c., che prevedevano l'atto motivato dell'autorità giudiziaria per disporre l'internamento, ed i casi e i modi di tale provvedimento. Riconducendo il provvedimento tra quelli limitativi della libertà personale, ex

1167 Ordinanza di remissione riferita in C. Cost., 27 giugno 1968, n. 74, in *Giur. Cost.*, cit.

1168 *Ibidem*: “sembra violare il diritto generalissimo degli individui alla tutela giudiziaria dei propri diritti e interessi, [e] il diritto alla difesa quale intervento nel procedimento e assistenza tecnico-giuridica”

art. 13, la Corte ritenne però violato l'art. 24 secondo comma, che garantisce il diritto di difesa: “basta riflettere sull'influenza che da sé sola essa [la pronuncia giudiziaria] reca sullo stato dell'infermo, fino alla pronuncia sull'inabilitazione o sull'interdizione, per concludere che non risulta rispettata la garanzia costituzionale che il tribunale invoca a favore degli infermi: soprattutto non è ammissibile che il ricovero definitivo sia ordinato sul fondamento di istruttorie che all'infermo non è consentito di seguire o di contestare”. Ulteriore conseguenza è che “l'art. 111, secondo comma, Cost. fa poi ritenere ammissibile un ricorso per Cassazione, per la ragione che il procedimento, concernendo una misura restrittiva dalla libertà personale, si fa caratterizzare come atto di giurisdizione contenziosa”¹¹⁶⁹. Analogamente la Corte ritenne violato l'art. 13, terzo comma, in quanto la legge consentiva che l'autorità di pubblica sicurezza potesse disporre il ricovero “in caso di urgenza” per un periodo ben oltre il limite delle 48 ore: fino ad un mese.

4.3.2. Ulteriori pronunce relative a trattamenti sanitari obbligatori.

In seguito si sono avute ulteriori pronunce della Corte che hanno coinvolto in vario modo le norme di cui stiamo trattando, e che meritano di essere qui ricordate. In particolare si segnala una sentenza, la 29 del 1973¹¹⁷⁰, che si riferisce ai ricoveri in ospedale psichiatrico, con riguardo però alla disciplina dei ricoveri volontari. La possibilità di ricovero volontario in ospedale psichiatrico è stata introdotta dalla legge n. 431 del 1968 (c.d. 'legge stralcio Mariotti'), che prevedeva appunto che la modalità di ammissione in un ospedale psichiatrico non fosse

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 1092.

¹¹⁷⁰ C. Cost., 28 marzo 1973, n. 29.

più solo quella coatta (la richiesta di internamento infatti in base alla legge del 1904 poteva venire da una serie di soggetti tra cui non compariva il diretto interessato¹¹⁷¹) ma che potesse essere richiesta dal 'malato' stesso.

La Corte in primo luogo fugò i dubbi del giudice remittente sul fatto che nel caso in cui l'internamento era avvenuto su base *volontaria*, ugualmente libera e volontaria doveva essere la cessazione dello stesso¹¹⁷², sempre che non ricorressero gli elementi la cui sussistenza imponeva il ricovero coattivo. Secondariamente, sul pericolo che potessero aver luogo internamenti dichiarati 'volontari' (esulando così da un controllo giurisdizionale) anche in casi in cui non sussista in realtà una libera volontà del paziente, dovuta ad incapacità dello stesso¹¹⁷³, la Corte rilevò che “l'ammissione volontaria in ospedale psichiatrico, essendo consentita nei limiti in cui è accompagnata dalla persistenza di una valida volontà di rimanere in ospedale, non menoma la libertà personale del malato tutelata dall'art. 13 della Costituzione”, e riguardo ai possibili abusi, espresse l'opinione per cui “ad impedire eventuali abusi - che avverrebbero comunque in violazione della norma impugnata - soccorrono sempre le comuni disposizioni del codice penale, dirette ad assicurare il pieno godimento della libertà personale”. Da ultimo la Corte ritenne

1171 Cfr. art. 2, l. 36/1904, riportato *supra*.

1172 C. Cost., 28 marzo 1973, n. 29: “Discende quindi con certezza, dall'interpretazione logica e teleologica della norma impugnata, che, come è libera l'entrata in ospedale, così è altrettanto libera l'uscita”.

1173 Il giudice remittente paventava che “possibilità di trasformare in volontario un ricovero originariamente autoritativo” equivalga a dare “efficacia all'atto di disposizione di un soggetto incapace”, e presentava il “dubbio che la combinazione del consenso di un incapace con il provvedimento autorizzativo del sanitario, non potesse validamente sostituire il controllo sulle restrizioni della libertà personale affidato all'autorità giudiziaria dall'art. 13 della Costituzione.”

conforme a Costituzione la disposizione che affidava agli psichiatri dell'ospedale la valutazione sulla sussistenza, nel paziente, di “quel minimo discernimento che gli abbia consentito di manifestare il desiderio di rimanere ricoverato volontariamente”, poiché si tratta di valutazione “implicante particolarissime conoscenze tecniche”, e, se attuata correttamente, “non dà luogo agli inconvenienti paventati”.

La sentenza n. 74 del 1978 si pronunciò su una legge che da tempo, e particolarmente in quegli anni, era al centro di un acceso dibattito e sottoposta a forti critiche sia da parte degli operatori psichiatrici¹¹⁷⁴ che da alcuni giuristi, che sollevavano dubbi di costituzionalità della stessa¹¹⁷⁵. Il procedimento di internamento e le condizioni degli internati erano del resto macroscopicamente estranei al quadro di valori disegnato dalla Costituzione repubblicana.

Non per questo si deve però ritenere che i ragionamenti che stanno alla base della sentenza 74/1968, siano da ritenersi applicabili ai “trattamenti sanitari” solo in casi eclatanti, come l'internamento potenzialmente a vita in un manicomio senza diritto di difesa. Toglie ogni dubbio in proposito una sentenza della Corte Costituzionale del 1976¹¹⁷⁶, sempre riguardante la l. 36 del 1904. L'ordinanza sollevava questioni analoghe a quelle appena viste, ma relative al provvedimento per il ricovero

1174 Significativamente di quello stesso anno è *L'istituzione negata – Rapporto da un ospedale psichiatrico*, a cura di F. Basaglia, Torino, 1968.

1175 Cfr. ad es. Amato, *Individuo e autorità*, cit., pp. 526 ss., n. 60 e 63. Per riferimenti sul dibattito dottrinale precedente, Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, pp. 55 ss., in particolare note 7 e 9, e Romano – Stella, *Ricoveri, dimissioni*, cit., pp. 388 ss. *Contra* Franchi, *Intorno alla tutela giurisdizionale della libertà personale. I procedimenti manicomiali*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 203 ss. (citazioni riportate in Romano – Stella, *Ricoveri, dimissioni*, cit., p. 389 n. 5.).

1176 Corte Cost., 3 agosto 1976 (dep.), n. 223.

provvisorio in ospedale psichiatrico. La Corte accolse le censure, sottolineando come, sebbene i provvedimenti in questione incidessero in un modo più lieve sulla libertà personale (quantomeno per un tempo inferiore), “ciò non toglie che vi possa essere apprezzabile lesione del bene tutelato in maniera particolarmente efficace dall'art. 13 Cost.”¹¹⁷⁷, e conseguentemente dichiarò l'illegittimità costituzionale anche di questi ulteriori articoli.

Presentiamo inoltre una pronuncia¹¹⁷⁸ che riguarda la disciplina del ricovero coatto dei tossicodipendenti, prevista dalla l. 685 del 1965¹¹⁷⁹, e rimasta in vigore fino alla l.

1177 Corte Cost. 223/1976, cit.: “I motivi che indussero questa Corte (con la sentenza n. 74 del 1968) a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma secondo, della legge n. 36 del 1904, limitatamente alla parte in cui non permette la difesa dell'infermo nel procedimento che si svolge innanzi al tribunale ai fini della emanazione del decreto di ricovero definitivo, valgono anche per il procedimento che può condurre al ricovero provvisorio. È vero che i provvedimenti pretorili e quelli del tribunale provocati dai reclami contro di essi possono incidere per un tempo più breve, che non nel caso di ricovero definitivo, sulla libertà personale del presunto infermo, ma ciò non toglie che vi possa essere apprezzabile lesione del bene tutelato in maniera particolarmente efficace dall'art. 13 Cost”.

1178 Corte Cost., 29 luglio 1982, n. 160.

1179 Art. 1: “La persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, che necessita di cure mediche e di assistenza, ma che rifiuta di assoggettarsi al trattamento necessario, deve essere segnalata dall'autorità di polizia o dal centro medico e di assistenza sociale competente all'autorità giudiziaria. La stessa segnalazione può essere fatta dal genitore, dal coniuge, dai figli o, in mancanza di essi, dai prossimi congiunti della persona da assistere. L'autorità giudiziaria, premessi gli opportuni accertamenti e sentito in ogni caso l'interessato e il competente centro medico e di assistenza sociale, qualora ravvisi la necessità del trattamento medico ed assistenziale, dispone con suo decreto il ricovero ospedaliero, con esclusione degli ospedali

162/1990. Il giudice *a quo* sollevò la questione per violazione degli artt. 13 e 24, ritenendo che fosse violato il diritto di difesa nel corso di un procedimento che poteva portare a restrizioni della libertà personale¹¹⁸⁰, poiché non era prevista la *necessità* della difesa, ma solo la *possibilità* di essa: le norme impugnate “non contemplano l'assistenza tecnica obbligatoria dell'interessato da parte di un difensore e, quindi, escludono implicitamente la nomina di un difensore d'ufficio allorché l'interessato non abbia nominato un difensore di fiducia”.

La Corte in primo luogo non esitò a configurare il ricovero ospedaliero coattivo come “misura chiaramente limitativa della libertà personale comunque intesa, parlando l'art. 13, secondo comma, Cost., oltreché di 'detenzione, ispezione o perquisizione personale', di 'qualsiasi altra restrizione della libertà personale' (v., in proposito, le sentenze n. 74 del 1968 e n. 223 del 1976 di questa Corte, relative al ricovero coattivo in manicomio di persone sospettate di malattie mentali)”.

Dichiarò però la questione infondata. Nell'argomentare riconobbe che più volte la Corte aveva statuito l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva, “con la susseguente necessità che il giudice provveda alla nomina di un difensore d'ufficio in mancanza di un difensore di fiducia”; rilevò però che “tale affermazione si ritrova sempre e soltanto con riferimento al processo penale di cognizione, agli incidenti di esecuzione penale, al processo per le misure di sicurezza, tra cui il ricovero

psichiatrici, se assolutamente necessario, o le opportune cure ambulatoriali o domiciliari”.

1180 “...viola il diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione. E ciò soprattutto in quanto tale disposizione venga intesa in relazione all'art. 13 Cost., assumendo rilievo avanti al giudice l'interesse dell'individuo alla libertà personale che richiede sempre il diritto allo svolgimento di un'integrale difesa” (così l'ordinanza di rimessione descritta nella sentenza citata).

in manicomio giudiziario, ed al processo per le misure di prevenzione (...), procedimenti caratterizzati, tutti, dal compimento di indagini e valutazioni preordinate all'adozione ed esecuzione di misure penali o di misure 'che trovano causa nella pericolosità sociale - criminale' del soggetto (v. le sentenze n. 168 del 1972 e n. 69 del 1975)”.

Per quanto riguarda il ricovero coattivo in manicomio (che la Corte considera più grave di quello in un ospedale ordinario) “questa Corte ha ritenuto costituzionalmente necessario, ma al tempo stesso sufficiente, che, in vista dell'adozione di provvedimenti del genere, il legislatore non escluda, cioè permetta, la difesa dell'infermo. [Donde] la conseguenza che il legislatore ordinario può anche non spingersi sino al punto di imporre la difesa tecnica, restando così libero di prescrivere o no la nomina del difensore d'ufficio in mancanza del difensore di fiducia e, a maggior ragione, di prescrivere o no l'intervento obbligatorio del difensore nel concreto svolgersi del procedimento”. E, concludendo: “Nel consentire all'interessato di farsi assistere da un difensore, oltreché da consulenti tecnici, l'art. 101, settimo comma, della legge n. 685 del 1975, pur restando al livello *minimale* di rispetto dei due parametri costituzionali invocati in combinato disposto dal giudice a quo, non si è, dunque, discostato da tali parametri, come interpretati nei precedenti più diretti di questa Corte”¹¹⁸¹.

La Corte si mantiene qui conforme alla sua giurisprudenza, riconoscendo i trattamenti sanitari coattivi come effettivi momenti di limitazione della libertà personale.

1181 Qui richiamando “le sentenze n. 184 del 1974 e n. 202 del 1975) [e] l'ormai ben nota giurisprudenza in base alla quale il diritto inviolabile di difesa, garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost., non comporta che il suo esercizio debba essere disciplinato all'identico modo in ogni tipo di procedimento ed in ogni fase processuale” (corsivo mio).

Sembra però voler limitare, in parte, le conseguenze che da questo riconoscimento potrebbero derivare (il diritto di difesa “pieno”), statuendo che non c'è un'unica disciplina processuale rispettosa del diritto di difesa¹¹⁸², e che nel caso dei trattamenti sanitari coattivi è adeguata la tutela, ancorché 'minimale', di esso.

A mio parere in questa sentenza non è argomentato in maniera del tutto esauriente il punto centrale, cioè che cosa renda necessaria una difesa piena, e cosa invece renda sufficiente una difesa 'minimale'; sembra di capire comunque che il discrimine sia, per la Corte, il fatto che la difesa 'piena' è richiesta nei procedimenti “che trovano causa nella pericolosità sociale - criminale del soggetto”¹¹⁸³.

4.3.3. *Pronunce relative a prelievi ematici coattivi e accertamenti tecnici sulla persona.*

Ci sono poi alcune altre pronunce interessanti, che riguardano i prelievi ematici coattivi e gli accertamenti tecnici sulla persona, nonché il campo delle vaccinazioni obbligatorie. Esse saranno riportate in seguito, quando si parlerà specificamente di che cosa si può ritenere *trattamento sanitario*, delle finalità per cui possono essere disposti TSO, del concetto di libertà personale e del diritto

1182 In questo senso argomenta anche, tra le altre, la sentenza 23 maggio 1997, n. 144, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 1576 ss. con note di Dolso e Pace.

1183 Pare però incongruente il fatto che tra questi procedimenti rientrasse pacificamente, anche secondo l'interpretazione della Corte richiamata in questa stessa sentenza (sentenza 74/1968), il ricovero in manicomio (che infatti aveva anche e soprattutto finalità di difesa sociale), il quale però nelle conclusioni della sentenza viene portato ad esempio di procedimento che *non* richiede l'obbligatorietà della difesa.

all'autodeterminazione, anche perché non tutti si riferiscono sicuramente a trattamenti sanitari, e prevalentemente consistono non tanto in *trattamenti* quanto in *accertamenti* sanitari. Anche questi ultimi, però, pur essendo concettualmente e sostanzialmente differenti dai 'trattamenti', sono generalmente fatti rientrare nella categoria dei 'trattamenti', intesa in senso lato; pertanto in questa sede può essere interessante notare come anche in esse si trovi conferma del fatto che la Corte interpreta le imposizioni coattive di 'trattamenti sanitari' come rientranti a pieno titolo nei procedimenti da sottoporre alle garanzie *ex art. 13 Cost.*. Possiamo ad esempio citare questo passo, dalla sentenza n. 257 del 1996, la quale si occupa di un accertamento tecnico medico-legale per verificare lo stato bio-psichico della parte convenuta: “l'ammissione dell'accertamento sul proprio corpo, non basato su atti coercitivi bensì volontariamente richiesto dalla persona, [non] configura in alcun modo una lesione della libertà personale, la cui inviolabilità è garantita dall'art. 13 della Costituzione”¹¹⁸⁴. Da quanto afferma la Corte si evince, *a contrario*, che ove l'accertamento fosse basato su atti coercitivi, si avrebbe invece sicuramente lesione della libertà personale, tutelata dall'art. 13 Cost.

1184 Corte Cost., 19 luglio 1996, n. 257, in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 2310 ss., con nota di Ruotolo.

CAPITOLO IV

LA NORMATIVA ITALIANA: TSO PSICHIATRICI E ALTRE FORME DI COAZIONE

SOMMARIO: 1. L'entrata in vigore dell'attuale disciplina. Brevi note sull'evoluzione normativa. - 1.1. La disciplina previgente. - 1.2. La l. 431 del 1968. - 1.3. La l. 180 e la 833 del 1978. - 1.3.1. La legge 180. - 1.3.2. La legge 833/1978. - 2. La procedura dei Trattamenti ed Accertamenti Sanitari Obbligatoriosi per infermità psichica. - 2.1. I TSO in regime di degenza ospedaliera. La procedura di applicazione. - 2.1.1. Le fasi della procedura. - 2.1.2. I punti problematici della procedura di applicazione. Proposta e convalida: l'individuazione dei medici ex art. 33 terzo comma e 34 quarto comma. - 2.1.3. Il ruolo del sindaco. - 2.1.4. Il giudice tutelare: il procedimento di convalida. Portata ed effetti del suo sindacato. - 2.1.5. Alcune riflessioni sul ruolo del g.t. e problemi pratici nello svolgimento delle sue funzioni. - 2.1.6. La durata del trattamento. - 2.1.7. L'omissione di atti di ufficio. - 2.1.8. Il termine del ricovero. Le dimissioni. - 2.2. I dubbi di legittimità costituzionale della procedura. - 2.2.1. Il momento iniziale del ricovero. - 2.2.2. L'efficacia dell'eventuale mancata convalida del giudice. - 2.2.3. Possibili interpretazioni costituzionalmente orientate? - 2.2.4. La compatibilità del sindacato del giudice con il dettato costituzionale. - 2.2.5. Il diritto di difesa ex art. 24 e 111 Cost. - 2.2.6. Il problema della notifica. - 2.3. I rimedi amministrativi e giurisdizionali. - 2.3.1. Il ricorso amministrativo. - 2.3.2. La tutela giurisdizionale. - 2.3.3. La ricorribilità in Cassazione. - 2.3.4. La motivazione del decreto del tribunale. - 3. I presupposti del TSO in regime di degenza ospedaliera. - 3.1. Le "alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici". - 3.1.1. La teoria che esclude la pericolosità dai presupposti del TSO. - 3.1.2. Le analoghe posizioni di parte della giurisprudenza. - 3.1.3. La teoria

che afferma la rilevanza della pericolosità come presupposto dei TSO. - 3.1.4. La giurisprudenza che accoglie la tesi della pericolosità come presupposto dei TSO. - 3.1.5. Alcune riflessioni. - 3.2. Il presupposto della non accettazione degli interventi terapeutici da parte del soggetto. - 3.3. Il presupposto della mancanza di idonee misure sanitarie extraospedaliere. - 4. I TSO extraospedalieri. - 5. Gli accertamenti sanitari obbligatori. - 6. Il tipo di trattamenti praticabili in TSO. - 6.1. Contenuto dei TSO psichiatrici: patologie psichiche e patologie organiche. - 6.1.1. Accenni alle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza inglese. - 7. Il consenso della persona ritenuta incapace ai trattamenti sanitari in generale. - 8. Consenso al ricovero psichiatrico in amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: uno sguardo alla prassi, soluzioni proposte e problematiche emergenti. - 9. Ammissibilità di trattamenti obbligatori nei confronti di persone ritenute capaci e che rifiutano le cure.

1. L'entrata in vigore dell'attuale disciplina. Brevi note sull'evoluzione normativa.

L'attuale disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori psichiatrici è contenuta nella l. 833 del 23 dicembre 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Il fatto che la malattia mentale sia disciplinata insieme alla restante materia sanitaria non è scontato come potrebbe sembrare: vediamo rapidamente com'era lo stato delle cose prima del 1978¹¹⁸⁵.

1185 Per una ricostruzione storica della legislazione in materia di salute mentale, si può consultare, *ex multis*: Romano e Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico*, cit.; Vecchietti, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla l. n. 36 del 1904 alla l. n. 833 del 1978*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, pp. 115 ss.. Dedicano particolare attenzione a ricostruire le origini delle istituzioni manicomiali Romano C. A. e Saurgnani I., *L'ospedale psichiatrico giudiziario oggi, tra ideologie e prassi*,

1.1. La disciplina previgente.

Istituzioni deputate all'internamento di folli cominciarono a diffondersi in Europa soprattutto a partire dal '600¹¹⁸⁶; in Italia la prima disciplina organica dei manicomi si ebbe con la l. n. 36 del 1904, detta 'legge Giolitti', contenente “Disposizioni sui manicomi e sugli alienati”. Essa, insieme al successivo “Regolamento sui manicomi e gli alienati” (R.D. n. 615 del 1909), era basata su “principi positivisti di 'difesa sociale' e di 'prevenzione attiva' intesa come segregazione dei possibili devianti”¹¹⁸⁷, ponendo come motivo di ricovero la 'pericolosità a sé o agli altri' ed il 'pubblico scandalo'. Il criterio adottato era quello della *custodia* degli alienati, e solo in secondo piano (e solo formalmente) quello della loro *cura*.

Questa disciplina muoveva “dai postulati tipici del positivismo psichiatrico ottocentesco, primo tra tutti quello dell'essenziale *componente organica* di ogni disturbo della personalità”, da cui l'assoluta centralità del manicomio “per condurre a conclusione coerente un percorso filosofico segnato dai passaggi: diversità organica del disturbato; pericolosità psichiatrica; obbligo di protezione della collettività; contenimento asilare”¹¹⁸⁸.

L'art. 1 della l. 36/1904 così disponeva: “Debbono

in *Rass. it. criminologia*, n. 3-4, 2001, pp. 491 ss., spec. fino a p. 512.

1186 Romano C. A. e Saurgnani I., *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., pp. 491 e 493; Foucault M., *Storia della follia*, 1963 (ed. it. Milano, 1963), spec. pp. 113 ss.

1187 Romano C. A. e Saurgnani I., *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., p. 500.

1188 Carbone E., *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, in *Dir. famiglia*, 2005, 2, pp. 611 ss, par. 2.

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. (...)”.

Presupposto essenziale è insomma la (sospetta) pericolosità della persona o il 'pubblico scandalo'. L'art. 6 del Regolamento parla però anche di “Istituti pubblici o privati, destinati a ricoverare soltanto mentecatti cronici *tranquilli*, epilettici *innocui*, cretini, idioti ed, in generale, individui colpiti da infermità mentale inguaribile, *non pericolosi a sé e agli altri*”, prevedendone specifiche condizioni di igiene. ROMANO e STELLA si chiedono se l'art. 6 del Regolamento non comporti la radicale contraddizione dei principi affermati dall'art. 1 della legge 36/1904, ammettendo forse che “il presupposto del ricovero sia sempre e unicamente non già la pericolosità, ma l'infermità di mente” in sé¹¹⁸⁹.

Delle procedure che potevano portare all'internamento in manicomio abbiamo già parlato *supra*, analizzando la sentenza n. 74 del 1968, al par. 1.3, cui pertanto rinviamo¹¹⁹⁰. Richiamiamo qui solo

1189 Romano e Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico*, cit., p. 391. Potrebbe però ritenersi che il ricovero di questi infermi sia previsto solo su base volontaria, anche se in tal caso si pone il problema del caso, non disciplinato, in cui “l'alienato non sia in grado di prestare il proprio consenso” (ibidem, p. 391).

1190 Commentano la l. 36/1904 gli appena richiamati Romano e Stella; sempre sulla disciplina manicomiale previgente è l'interessante articolo di Bruscuglia L., Businelli F. D., Galoppini A., *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, pp. 658 ss., che dedica particolare attenzione alle conseguenze

schematicamente gli *iter* che potevano essere seguiti:

a) Ricovero ordinario: *doveva* essere chiesto dai parenti, dal tutore o protutore, e *poteva* esserlo da “chiunque altro nell'interesse degli infermi o della società, per mezzo di istanza presentata al pretore, corredata da un certificato medico¹¹⁹¹ e da un atto notorio¹¹⁹²”. Il pretore poteva ordinare il ricovero in via provvisoria, con ordinanza soggetta a reclamo al Tribunale, che provvedeva in secondo grado (art. 2, l. 36/1904). L'ammissione in manicomio era poi disposta “in via definitiva dal tribunale in camera di consiglio sull'istanza del pubblico ministero in base alla relazione del direttore del manicomio e dopo un periodo di osservazione che non [poteva] eccedere in complesso un mese” (art. 2, l. 36/1904).

dell'internamento in manicomio sulla capacità di agire; inoltre v. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, in *Le nuove l. civ. comm.*, 1979, pp. 1259-1263.

1191 Art. 39 del Regolamento: “Il certificato medico deve attestare:

- a) l'indole della infermità mentale, indicando i sintomi, l'origine, il decorso di essa;
- b) i fatti specifici enunciati in modo chiaro e particolareggiato, dai quali si deduca la manifesta *tendenza* dell'individuo a commettere violenza contro sé stesso o contro gli altri od a riuscire di pubblico scandalo;
- c) la necessità di ricoverare il malato nel manicomio, attestando, ove occorra, la necessità dell'immediato ricovero d'urgenza;
- d) la possibilità di trasportare l'alienato al manicomio per le condizioni fisiche in cui si trova senza grave nocumento della sua salute” (corsivo mio).

1192 Art. 40 del Regolamento: “L'atto di notorietà (...) deve risultare dalle deposizioni giurate di quattro testimoni che abbiano i requisiti di legge (...). L'atto di notorietà deve essenzialmente riguardare i fatti specifici di cui alla lettera b) dell'articolo precedente e le circostanze che fanno ritenere lo stato di alienazione mentale dell'individuo”.

b) Ricovero urgente: L'autorità locale di pubblica sicurezza poteva, in caso di urgenza, ordinare il ricovero in via provvisoria, in base a certificato medico, ma era obbligata a riferirne entro tre giorni al procuratore del Re, “trasmettendogli il cennato documento” (art. 2, comma 3). L'ordine dell'autorità di P.S. non era soggetto a ricorso, reclamo o convalida; per cui poteva essere riesaminato solo in seguito, dal Tribunale, in sede di decisione sull'internamento definitivo¹¹⁹³.

c) Ricovero spontaneo: era previsto solo dall'art. 53 del Regolamento¹¹⁹⁴, e ad esso seguiva la procedura ordinaria, per cui anche chi si presentava spontaneamente in manicomio rischiava di esservi internato in via definitiva.

Per quanto riguarda la possibile rimessione in libertà, questa poteva essere disposta con decreto del presidente del tribunale, su richiesta del direttore del manicomio, delle persone che possono richiederne l'ammissione, o della deputazione provinciale¹¹⁹⁵ (art. 3, l. 36/1904).

1193 Cfr. Romano e Stella, *Ricoveri, dimissioni*, cit., p. 390.

1194 Art. 53: “Quando individui maggiorenni, avendo coscienza del proprio stato di alienazione parziale di mente, chieggano di essere ricoverati in un manicomio, il direttore, in caso di assoluta urgenza e sotto la propria responsabilità, può riceverli provvisoriamente in osservazione, dandone avviso entro ventiquattr'ore al procuratore del Re salvo a riferirgli, a termini del precedente art. 49, pei provvedimenti del tribunale, come nei casi ordinari, ed all'autorità di pubblica sicurezza (...)”.

1195 “Negli ultimi due casi dovrà essere sentito il direttore. Sul reclamo degli interessati il presidente potrà ordinare una perizia. In ogni caso contro il Decreto del presidente è ammesso il reclamo al tribunale. Il direttore del manicomio può ordinare il licenziamento, in via di prova, dell'alienato che abbia raggiunto un notevole grado di miglioramento e ne darà immediatamente comunicazione al procuratore del Re e all'autorità di pubblica

Poteva anche essere disposta “in via di esperimento” dal direttore del manicomio, consegnando alla famiglia l'alienato che avesse raggiunto tal grado di miglioramento da potere essere curato a domicilio, avvisandone contemporaneamente il procuratore del Re presso il tribunale nella cui giurisdizione aveva sede il manicomio, l'autorità di pubblica sicurezza ed il sindaco del Comune cui apparteneva (art. 66 del Regolamento).

Inoltre, si prevedeva che “qualunque cittadino [potesse] reclamare contro un ricovero ritenuto indebito e chiederne la cessazione”; su tale reclamo il tribunale, sentito il pubblico ministero e il direttore del manicomio, decideva in Camera di consiglio “in base alle informazioni e alle perizie che avrà reputate necessarie all'uopo” (art. 70 del Regolamento).

Secondo MERLINI il provvedimento di ricovero coattivo del sospetto alienato in manicomio (sia come disciplinato dalla l. 36/1904 che nella legislazione preunitaria) era sicuramente da inquadrare tra le misure di prevenzione. L'A. specifica di intendere per tali le misure basate su semplici sospetti, finalizzate ad evitare fatti genericamente reputati dannosi o pericolosi; non fondate su fatti determinati (siano o meno considerati reati), ma orientate “invece e ben più genericamente, al 'comportamento', alla 'condotta', al 'tenore di vita', oppure ad un indeterminato modo di essere dell'individuo nei suoi rapporti con il mondo esterno e con la società”¹¹⁹⁶. L'A. fa notare che anche i “fatti specifici” richiesti dall'art. 39 del Regolamento del 1909 non erano in realtà 'fatti determinati', “non richiedendo i primi una preventiva indicazione da parte del legislatore e potendo consistere

sicurezza”.

1196 Merlini, *Libertà personale*, cit., p. 65.

anche in una serie di comportamenti o modi di essere definibili anche 'a posteriori'¹¹⁹⁷.

Nonostante la – direi – totalità della dottrina¹¹⁹⁸, e della giurisprudenza¹¹⁹⁹ (pur traendone – entrambe –

1197 Merlini, *ibidem*, p. 65, che ricorda come l'art. 39 del Regolamento richiede che si documenti la manifesta *tendenza* a commettere violenza o a riuscire di pubblico scandalo. Significativa anche la citazione dell'A. di Janniti A. – Piromallo, nel *Manuale delle leggi di P.S.*, Milano, 1953, che definiscono 'pubblico scandalo' di cui all'art. 157 del T.U. delle leggi sanitarie “lo spettacolo in se stesso considerato dello stato psichico dell'intossicato capace di suscitare un senso di riprovazione e di ripugnanza nel pubblico”. (Art. 157 T.U.: “Chi, a causa di grave alterazione psichica per abituale abuso di sostanze o preparazioni stupefacenti, si rende comunque pericoloso a sé e agli altri o riesce di pubblico scandalo, può essere coattivamente ricoverato in una casa di salute per essere sottoposto alla cura disintossicante”).

1198 *Ex multis* Romano e Saurgnani, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit.; Romano e Stella, *Ricoveri*, cit.; Merlini, *Libertà personale*, cit.; Brusciuglia L., Businelli F. D., Galoppini A., *Salute mentale dell'individuo*, cit.; Bardusco A., *Il labirinto delle malattie di mente e la legge 180*, in *Dir. soc.*, 1978, pp. 711 ss.; Fiori A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, pp. 535 ss.; Fornari U., *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 332 ss.; Re E., *I servizi di salute mentale: storia e organizzazione istituzionale* (pubblicazione a diffusione interna dell'Università degli Studi di Milano, Istituto di Psicologia della Facoltà Medica, Scuola di Specializzazione in Psicologia Clinica, presso l'A. Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda, Dipartimento di Salute Mentale), ottobre 2006, reperibile all'indirizzo www.ospedaleniguarda.it/resources/Servizi_SM_storia_organizzazione_ist_1038.pdf (ultimo accesso in data 14.7.2009).

1199 La serie di pronunce in tal senso è numerosissima: alcune

conseguenze anche molto differenti) concordino nel sottolineare (e criticare) la centralità dell'aspetto custodialistico e di difesa sociale nella l. 36/1904, vi è anche chi sottolinea che essa era in realtà ispirata ad un duplice scopo, sicuramente di custodia, ma anche di cura degli internati¹²⁰⁰, e che intendeva far fronte “in senso garantistico” al fenomeno degli internamenti manicomiali. VISINTINI infatti reputa che “la legge, di per sé, costituiva un progresso rispetto al passato”: questo perché “individuava per la prima volta come pubblico (...) l'interesse alla sanità mentale”¹²⁰¹. L'A., pur unendosi al coro di critiche al custodialismo della legge¹²⁰², fa notare

saranno analizzate in dettaglio in seguito, per ora possiamo limitarci a ricordare, tra le più recenti, Corte Cost. 25 febbraio 1988, n. 211, Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 2008 n. 48292, Cass. civ. 16803 del 20 giugno 2008, Trib. Venezia, 19 dicembre 2005, Trib. Trento, 29 luglio 2002, Bertuzzi.

1200 Visintini G., *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 3, 1982, p. 448; cfr. anche Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, c. 107 ss.

1201 Questo “in una epoca in cui l'unica tutela prevista consisteva nel mantenimento a carico delle province dei mentecatti poveri e in un'epoca di fioritura di nuovi manicomi (...) destinati a far fronte all'aumento delle patologie coincidente con l'aumento della miseria dovuta all'abbandono delle campagne, con lo sradicamento dall'ambiente originario e l'affollamento delle periferie urbane in condizioni insalubri”. Così Visintini G., *La riforma*, cit., p. 448.

1202 Sottolineando anche che la legge “comportava di fatto una discriminazione tra cittadini a seconda che potessero o meno contare su una conveniente assistenza a domicilio o disporre di mezzi finanziari per essere ricoverati in case di cura private”, rendendo l'accesso ai manicomi molto più facile per le classi povere e più emarginate della società. Visintini, *ibidem*, pp. 448 s.

che le procedure, in via ordinaria, dovevano avvenire con le garanzie della giurisdizione contenziosa, e che un'interpretazione rigorosa della legge avrebbe potuto altresì richiedere la necessaria *attualità* della pericolosità, limitando così i ricoveri basati su 'tendenze' o 'sospetti'¹²⁰³. Ciò che, secondo l'A., che ha contraddistinto la l. 36 come legge finalizzata solo alla custodia e senza garanzie giurisdizionali, è stata la prassi. Prassi che ha portato altresì alla “degenerazione della custodia in segregazione, [alle] terapie, non solo inadeguate, ma tali da comportare deterioramento fisico, [all'] eccessivo affollamento esteso per di più a categorie diverse dai malati di mente, della pessima organizzazione logistica e del tipo di costruzione compatta e carceraria dei manicomi. Tutte cose – conclude l'A. – che vanno imputate non alle leggi, ma semmai agli operatori, amministratori, sanitari, commissioni di vigilanza, ecc.”¹²⁰⁴.

E' però certo che dall'impianto complessivo della legge 36/1904, del regolamento del 1909 e delle ulteriori norme penali e civili (ad esempio quelle sull'elettorato per cui il diritto di voto era sospeso per i ricoverati negli istituti psichiatrici *automaticamente*, a decorrere dalla data di internamento in via definitiva¹²⁰⁵) si ravvisa “un fondamento unitario e costante, ricollegabile ad una certa concezione della infermità mentale (intesa come una forma

1203 *Contra, ex multis*, Romano e Stella, *Ricoveri*, cit., e Merlini, *Libertà personale*, cit.

1204 Visintini G., *La riforma*, cit., p. 447.

1205 In evidente contrasto con il principio espresso dall'art. 48, terzo comma, per cui “il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile, o per effetto di sentenza penale irrevocabile e nei casi di indegnità morale indicati dalla legge”: cfr. Brusciuglia L., Businelli F. D., Galoppini A., *Salute mentale dell'individuo*, cit., p. 659.

di 'alienazione', non spiegabile scientificamente in termini di malattia, ma piuttosto imputabile ad una colpa più o meno remota dell'individuo, ritenuto, perciò, meritevole di sanzione) e ad un certo modo di intendere il ricovero in ospedale psichiatrico (considerato più che come mezzo terapeutico, come un vero e proprio luogo di custodia e di isolamento dalla 'società dei sani' di soggetti socialmente pericolosi e scandalosi, nonché – è il caso di aggiungere – non abbienti)»¹²⁰⁶.

1.2. La l. 431 del 1968.

A partire dagli anni '60 si sviluppò tra gli operatori psichiatrici un movimento di critica radicale dell'istituzione manicomiale (per le condizioni obiettive in cui erano ridotti gli internati, per l'incompatibilità con il recupero del malato¹²⁰⁷, e per l'impostazione ideologica che esprimeva¹²⁰⁸) e della psichiatria tradizionale (quando

1206 Così Brusciuglia L., Businelli F. D., Galoppini A., *Salute mentale dell'individuo*, cit., p. 661.

1207 Il manicomio, come luogo di “residenza coatta di persone socialmente indesiderabili (...), costituendosi come luogo di segregazione dalla comunità di alcuni suoi membri, sarebbe destinato a sancire inevitabilmente la irrecuperabilità dei ricoverati; anche perché, non esistendo nella realtà una precisa separazione fra 'salute' e 'malattia', la alienazione mentale, come tale, avrebbe inizio nel momento dell'internamento che 'obiettivizzerebbe' lo stato psichico dell'internato definendolo come 'malattia'”. Merlini, *Libertà personale*, cit., p. 89.

1208 “Sotto la copertura del modello medico, in realtà, l'istituzione psichiatrica tradizionale non è che un'istituzione carceraria, deputata a gestire gli elementi di disturbo sociale”. Basaglia F. e F., *Introduzione ad Asylums*, di E. Goffman, cit., Torino, 1968. Quanto all'aspetto 'carcerario' del manicomio, mi

non della disciplina psichiatrica *tout court*¹²⁰⁹), che col tempo fu fatto proprio anche una parte dell'opinione pubblica¹²¹⁰.

sembra istruttiva la lettura dell'estratto di regolamento di un O.P.P. emanato ai sensi dell'art. 5, l. 36/1904, riportato da Brusaglia, Businelli, Galoppini, *Salute mentale dell'individuo*, cit., allegato A, in cui sono elencate, tra l'altro, le numerose restrizioni di libertà cui erano sottoposti gli internati.

1209 Alcuni, ma non tutti, tra i critici, negavano l'esistenza 'medica' della 'malattia mentale'. Ad esempio, i Basaglia scrivevano che “Che il negro sia negro è indiscutibile, così come è *indiscutibile che esistano le malattie mentali*, anche se gli psichiatri in realtà non conoscono nulla sulla loro natura. Ma ciò che ha fatto il negro quello che è stato finora, ha poca relazione con il suo essere nero; così come ciò che ha dato al malato mentale la faccia che tuttora ha, ha poco a che fare con la malattia. L'esclusione – come fatto sociale – di cui il negro è oggetto in una società razzista che ha bisogno di sfruttarlo per sopravvivere, è ciò che determina il negro come inferiore e selvaggio; come l'esclusione (come fatto sociale) di cui il malato mentale è oggetto nella nostra società, è ciò che lo determina come inferiore e pericoloso”. Basaglia F. e F., *Introduzione ad Asylums*, di E. Goffman, cit., Torino, 1968 (corsivo mio).

1210 Letture di riferimento di questo periodo, e degli anni immediatamente successivi (che citiamo qui in quanto parte di uno stesso “filone”, pur con le dovute differenze) sono, *ex multis*: Goffman E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, 1961 (ed. it. Torino, 1968); Szasz T. S., *Legge, libertà e psichiatria*, 1963 (ed. it. Milano, 1984); Foucault M., *Storia della follia*, cit.; Franco Basaglia (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Torino, 1968; Basaglia F. e Basaglia Ongaro F. (a cura di), *Crimini di pace*, cit.; Szasz T. S., *Il mito della malattia mentale*, 1974; Jervis G., *Manuale critico di psichiatria*, Milano, 1975; Cooper D., *Il linguaggio della follia*, 1978 (ed. it. Milano, 1979). Per ulteriori riferimenti cfr. anche la bibliografia riportata da Merlini, *Libertà personale*, cit., p. 89, note 118 e 119;

Nel 1968 viene emanata una legge, la 431/1968 (detta 'legge stralcio' o 'legge Mariotti' perché stralcio di un disegno di legge più ampio presentato dal Ministro Mariotti), la quale, per quanto abbia introdotto correttivi in realtà marginali alla vecchia normativa, “aprirebbe tuttavia un varco verso il superamento del modello asilare e dei controeffetti di internamento massiccio e generalizzato che esso aveva prodotto. Lo stralcio Mariotti tenta di fare emergere dall'internato il malato, e dalla sanzione la terapia”¹²¹¹. Le modifiche più rilevanti apportate sono l'eliminazione dell'annotazione del provvedimento di ricovero per infermità mentale nel casellario giudiziario (art. 11 l. 431/1968) e l'introduzione della possibilità di ammissione volontaria in ospedale psichiatrico¹²¹² e di trasformazione del ricovero da coattivo a volontario¹²¹³

Vecchietti, *Evoluzione della legislazione*, cit., note 3-8 e 28-33; Bruscuglia, Businelli, Galoppini, *Salute mentale dell'individuo*, cit., p. 677-681.

1211 Giannichedda M.G., Relazione al Convegno “*Profili di tutela dei diritti della personalità*”, Trieste, 7-8 maggio 1982, tenutosi presso l'Istituto Giuridico- Facoltà di Economia e Commercio. Università di Trieste, Centro Studi Giuridici 'P. Calamandrei'. Reperibile all'indirizzo <http://www.triestesalutementale.it/letteratura/testi/27leg180.htm>

1212 La legge non usa più l'espressione 'manicomio', sostituendola con 'ospedale psichiatrico'.

1213 Sull'interpretazione da darsi a questa norma, con particolare riferimento alla trasformazione del ricovero da coattivo in volontario, si veda Romano e Stella, *Ricoveri*, cit., pp. 392-398, spec. pp. 396 s. Bruscuglia, Businelli, Galoppini, *Salute mentale dell'individuo*, cit., nell'allegato B, riportano i dati relativi al numero di internamenti ed alle trasformazioni da ricovero coatto a volontario e viceversa, negli anni tra il 1968 ed il 1971.

(art. 4¹²¹⁴). Altresì si assegna alle Province il compito di istituire dei 'Centri di igiene mentale' in cui operino psichiatri, psicologi, assistenti sociali e sanitari (art. 3)¹²¹⁵.

La novità maggiore di questa legge è, come subito evidente, la possibilità che vi sia un ricovero volontario, senza che sia avviata la procedura standard per l'internamento definitivo. Da alcuni questa possibilità è stata vista come un momento di grande rottura¹²¹⁶; altri

1214 Art. 4: “L'ammissione in ospedale psichiatrico può avvenire volontariamente, su richiesta del malato, per accertamento diagnostico e cura, su autorizzazione del medico di guardia. In tali casi non si applicano le norme vigenti per le ammissioni, la degenza e le dimissioni dei ricoverati di autorità. La dimissione di persone affette da disturbi psichici ricoverate di autorità, ai sensi delle vigenti disposizioni, negli ospedali psichiatrici è comunicata all'autorità di pubblica sicurezza, ad eccezione dei casi nei quali il ricovero di autorità sia stato trasformato in volontario.(...)”.

1215 Brusciuglia, Businelli, Galoppini, *Salute mentale dell'individuo*, cit., nell'allegato C, riportano dati relativi al funzionamento dei primi Centri per la Salute Mentale.

1216 Carbone, *Habeas corpus*, cit., nota 20, parla di “formale rottura dell'occultamento manicomialista, anche in conseguenza della progressiva dilatazione e socializzazione del disagio mentale”, e ricorda la Relazione all'originario disegno di legge: “il Ministro della sanità Mariotti poneva l'accento sul 'diritto all'assistenza psichiatrica' ex art. 32 Cost. e sulla necessità di mantenere il 'legame' tra sofferente psichico e società, in tal modo anticipando motivi della riforma del decennio successivo”. Giannichedda, nella *Relazione*, cit., afferma che lo stralcio Mariotti “approfondisce (...) la crisi del modello asilare, ne mostra le ambiguità e ne chiarisce l'inefficacia rispetto all'ideologia terapeutica che informa questa legge. (...) L'automatismo malattia-pericolosità tende a mostrarsi ideologicamente fondato, lo schema dell'internamento generalmente inefficace rispetto alla cura, la necessità di una

invece hanno ridimensionato la portata delle sue conseguenze e innovazioni, non ritenendo che il ricovero volontario servisse a cambiare il ruolo degli ospedali psichiatrici, poiché il principio rimaneva comunque quello della separazione dal resto della società: “qualsiasi forma di ricovero può essere vista soltanto come una misura eccezionale e temporanea in un sistema di assistenza psichiatrica (...) che tenda a prescindere da quella”¹²¹⁷, e denunciando le distorsioni risultanti dall'applicazione della legge data in alcune provincie, significativa della difficoltà ad accettare una logica nuova¹²¹⁸.

riforma complessiva sempre più pressante”; Vecchietti, *Evoluzione della legislazione*, cit., a p. 118, scrive: “Era il primo parziale crollo delle rigide mura dei manicomi. Il malato cominciava ad essere visto in funzione del suo diritto alla salute. Poteva essere curato anche quando non era pericoloso, a domicilio e comunque fuori del manicomio o anche in esso, su sua semplice richiesta. (...) Non subiva più d'ufficio l'interdizione, restando potenzialmente libero di decidere della propria vita e della propria salute”.

1217 Merlini, *Libertà personale*, cit. pp. 85 e 89 ss. L'A. ritiene che, a parte alcuni “ritocchi”, la legge lasci intatta la l. 36/1904, e che in essa coesistano da un lato l'ideologia “che manteneva il ruolo di custodia degli ospedali psichiatrici (...) come momento fondamentale della terapia psichiatrica” e, dall'altro, quella che “tendeva, invece, attraverso gli ospedali aperti (...), i servizi di igiene e profilassi mentale, ecc., a curare la malattia mentale senza operare un distacco del malato dal suo ambiente familiare e sociale ma, anzi, favorendone il reinserimento in questa comunità”.

1218 “E' difficile dimostrare la neutralità della medicina, come prestazione di un servizio tecnico, che trascenda da ogni tipo di rapporto di natura più specificamente socioeconomica, se non addirittura politica. Ne è un esempio (...) la posizione presa (...) da un'amministrazione provinciale, di fronte allo stralcio di legge n. 431 (...), che (...) consente (...) la graduale riduzione dei

1.3. La l. 180 e la 833 del 1978.

1.3.1. La legge 180.

Con la sentenza n. 16 del 7 febbraio 1978 la Corte Costituzionale dichiarava ammissibile il referendum abrogativo degli articoli 1, 2, 3, e 3 bis della l. 36 del 1978, costituenti il fulcro della disciplina manicomiale. Già da alcuni anni era in discussione una legge di riforma sanitaria ed, al suo interno, una riforma delle disposizioni manicomiali; sicuramente però la volontà di evitare il referendum ed il conseguente vuoto legislativo¹²¹⁹ diede grande impulso all'emanazione di una legge che modificasse il trattamento dei malati mentali¹²²⁰: il

pazienti soggetti al marchio sociale. Di fronte a questi primi tentativi legali di ridurre la natura della distanza che separa il paziente che può permettersi una cura in cliniche private (sfuggendo quindi allo stigma della malattia mentale) e colui che ha come unica possibilità il manicomio, l'amministrazione provinciale di cui sopra invita e impone ai medici (...) di consentire il ricovero volontario solo ai pazienti dozzinanti e, in caso non siano assistiti dagli enti mutualistici, previo deposito cauzionale(...). E' evidente come, anche all'interno di una legge riformistica che tende a modificare le contraddizioni più sfacciatamente palesi della nostra assistenza psichiatrica, (...) si continui a perpetuare (...) la abituale discriminazione fra chi ha e chi non ha, subordinando la definizione di pericolosità, tipica del ricovero coatto, alle condizioni economiche del paziente. In questo modo viene svuotato dall'interno il significato della legge stessa". Basaglia F. e F., *Introduzione ad Asylums*, di E. Goffman, cit., Torino, 1968.

1219 Vecchietti, *Evoluzione della legislazione*, cit., p. 122.

1220 La volontà di evitare il referendum e la conseguente necessità di accelerare al massimo i tempi di discussione della

Parlamento si mise in moto, e nel giro di 24 giorni, tra discussione ed adempimenti formali, il disegno di legge presentato dal Governo il 19 aprile fu “esaminato, discusso, modificato ed approvato dalle Commissioni legislative”¹²²¹.

A questa fretta possono imputarsi alcune imprecisioni e contraddizioni nel testo legislativo, che una discussione più approfondita avrebbe forse potuto evitare; è vero però che il contenuto della legge non è stato improvvisato, in quanto preparato da movimenti culturali ed operativi, attivi soprattutto nel campo della psichiatria, sviluppatasi nei dieci anni precedenti, insieme a svariate attività di iniziativa politica provenienti da diverse parti politiche¹²²², e ad esperienze psichiatriche di rottura con la tradizionale impostazione organicista (le c.d. 'esperienze avanzate', legate ai movimenti di critica di cui *supra*, che stavano già delineando, non solo in teoria, un nuovo schema di risposta opposto all'internamento: la deistituzionalizzazione ed il servizio psichiatrico territoriale)¹²²³.

La legge 180 fu emanata il 13 maggio 1978. Intitolata “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”, fu subito ribattezzata 'legge Basaglia'¹²²⁴, dal

legge emerge esplicitamente dalla lettura degli atti parlamentari della XIV Commissione alla Camera (A.C. n. 2130 del 19 aprile 1978, leg. VII) e della XII Commissione al Senato (A.S. n. 1192 del 4 maggio 1978, leg. VII), riportati anche in Pizzi, *Malattie mentali*, cit.

1221 Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. V; sulla questione cfr. anche Brusciuglia, *Commentario alla l. 13 maggio 1978 n. 180*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1979, pp. 177 s.

1222 Cfr. Brusciuglia, *Commentario*, cit., p. 178, nota 5.

1223 Cfr. Giannichedda M.G., *Relazione*, cit., par. 3.

1224 Nella legge, però, poiché fu il risultato di un compromesso

nome del noto psichiatra che aveva portato avanti una critica teorica e pratica al sistema manicomiale e della psichiatria tradizionale¹²²⁵.

Le disposizioni riguardanti i TSO ed il superamento dei manicomi entrarono in vigore provvisoriamente, destinate ad essere poi 'inglobate' nella legge di riforma del servizio sanitario nazionale che fu approvata nel dicembre di quell'anno. In sintesi, vi si prevedeva il ricovero obbligatorio dell'infermo come *extrema ratio*, da effettuarsi solo in casi di particolare necessità, e per un tempo limitato (artt. 2 e 3); una procedura particolare per l'applicazione di un TSO (art. 3), e la possibilità di ricorsi amministrativo (art. 4) e giurisdizionale (art. 5); inoltre si imponeva che essi si svolgessero “nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura”; la libertà di comunicazione nel corso del TSO, e la ricerca, in ogni caso, del consenso della persona (art.1); disponevano inoltre la chiusura degli O.P. ed il loro progressivo smantellamento¹²²⁶, con un graduale 'rilascio' delle persone

tra diverse forze politiche, non si riconobbero quelle correnti più radicalmente contrarie alla medicalizzazione ed ospedalizzazione della 'malattia mentale'.

1225 Basaglia fu direttore dell'Ospedale psichiatrico di Gorizia dal 1961; in quell'ospedale portò avanti un processo di radicale trasformazione dello stesso e delle sue logiche. Su quest'esperienza, nella sua concretezza e nelle idee che vi sono sottese, si può fare riferimento a Basaglia F. (a cura di), *L'istituzione negata*, cit.

1226 Art. 7: “È in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche”.

che al momento vi si trovavano rinchiusi¹²²⁷, che avrebbero dovuto essere prese in carico dai servizi territoriali di nuova istituzione.

In via definitiva, invece, vengono soppresse le parole “alienati di mente” nella rubrica del libro III, titolo I, capo I, sezione III, paragrafo 6 del codice penale (che recitava “Delle contravvenzioni concernenti la custodia di alienati di mente, di minori o di persone detenute”), ed i riferimenti agli 'alienati di mente' presenti nell'art. 716 c.p., che disponeva l' “omesso avviso della evasione d'infermi di mente o di minori” (art. 10).

L'art. 11 abroga altresì gli articoli 714, 715 e 717 del codice penale (rispettivamente rubricati “Omessa o non autorizzata custodia, in manicomi o riformatori, di alienati di mente o di minori”; “Omessa o non autorizzata custodia

1227 Art. 8: “Il primario responsabile della divisione, entro novanta giorni dalla entrata in vigore della presente legge, con singole relazioni motivate, comunica al sindaco dei rispettivi comuni di residenza, i nominativi dei degenti per i quali ritiene necessario il proseguimento del trattamento sanitario obbligatorio presso la stessa struttura di ricovero, indicando la durata presumibile del trattamento stesso. (...) Il sindaco dispone il provvedimento di trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera secondo le norme di cui all'ultimo comma dell'articolo 2 e (...) 3. L'omissione delle comunicazioni di cui ai commi precedenti determina la cessazione di ogni effetto del provvedimento e configura, salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave, il reato di omissione di atti di ufficio. (...) In temporanea deroga a quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 6, negli attuali ospedali psichiatrici possono essere ricoverati, sempre che ne facciano richiesta, esclusivamente coloro che vi sono stati ricoverati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge e che necessitano di trattamento psichiatrico in condizioni di degenza ospedaliera”.

privata di alienati di mente”; “Omessa denuncia di malattie di mente o di gravi infermità psichiche pericolose”).

Queste abrogazioni rendono palese la volontà di radicale superamento del modello custodialistico che informava la normativa precedente, e – come vedremo – andranno anche ad influire sulla nuova disciplina della responsabilità del personale sanitario psichiatrico¹²²⁸.

Inoltre sono abrogati espressamente gli articoli 1, 2, 3 e 3 bis della l. 36/1904¹²²⁹ e l'art. 420 del Codice civile¹²³⁰.

Per finire, la l. 180 abroga “il n. 1 dell'articolo 2 e l'articolo 3 del testo unico delle leggi recanti norme per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 20 marzo 1967, n. 223”. Essi prevedevano la sospensione del diritto di voto per chi fosse ricoverato nei manicomi, sospensione ritenuta “una delle più stridenti contraddizioni della normativa manicomiale”, e “punitiva in quanto soltanto l'avvenuto ricovero in ospedale psichiatrico dell'infermo, a prescindere dall'eventuale suo stato di capacità naturale, automaticamente provocava la cancellazione dell'interessato dalle liste elettorali. La l. 180 (...) attribuisce agli interdetti o inabilitati per infermità di mente, seppur incapaci (legali) di agire, la capacità

1228 Cfr. Fiandaca, *Problemi e limiti*, cit.

1229 Per quanto riguarda i restanti articoli della stessa legge, sono da ritenere “in parte implicitamente abrogati (...), altri solo provvisoriamente operanti (...), o non hanno più ragion d'essere”. Così Bruscutta, *Commentario*, cit., pp. 214 s.

1230 Che stabiliva che la nomina di un tutore provvisorio poteva essere disposta dal tribunale con lo stesso provvedimento con cui era autorizzato il ricovero definitivo dell'internato. Cfr. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1262.

elettorale attiva; l'esercizio in concreto del diritto di voto sarà comunque subordinato all'accertamento in capo all'elettore della capacità di intendere e di volere”¹²³¹.

1.3.2. La legge 833/1978.

La legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale recepisce, con poche modifiche di dettaglio¹²³², il nucleo

1231 Bruscutta, *Commentario*, cit., p. 215. L'A. commenta che “si ritrova qui riconfermata la linea di tendenza, ormai emergente in particolare dalla legislazione speciale, secondo la quale in certi settori dell'ordinamento (ad esempio nell'ambito dei diritti personali) la capacità di esercizio delle facoltà inerenti al riconoscimento di determinati interessi deve essere accertata di volta in volta in riferimento alla singola concreta attività da compiere”. Per ulteriori riflessioni, v. anche, dello stesso A., *Commento all'art. 33*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1255, nota 1, ove alcune riflessioni anche in merito alle dichiarazioni allarmate di La Farina, *Infermità mentale e diritti politici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, il quale dichiara: “Meraviglia che (...) quasi nessuno abbia finora posto in rilievo la gravità di quella norma abrogativa (...). E' assurdo concedere (...) la possibilità di esercitare quell'atto di coscienza, di volontà e responsabilità che è la designazione degli eligendi al Parlamento (...). Ma più ancora allucinante (...) appare una conseguenza (...) che, ormai, l'interdetto per infermità di mente può essere eletto (...). Tutto ciò appare (...) enorme, e oltretutto (...) contrario alla dignità del Corpo elettorale e dello stesso Parlamento”.

1232 V. però Carbone, *Habeas corpus*, cit., par. 5, secondo il quale vi è invece una modifica “dal significato teleologico particolarmente intenso”, riguardante il caso di TSO disposto nei confronti di soggetto non residente nel comune ove si svolge. La l. 833 dispone che ne venga data comunicazione, oltre che al sindaco del Comune di residenza, anche al giudice tutelare. Poiché “un fattore di evidente fragilità dell'approccio 'procedurale' alla malattia di mente risiede nella cognizione

essenziale della l. 180¹²³³. Che la disciplina delle infermità mentali sia considerata come un aspetto della più generale riforma sanitaria è un notevole passo avanti nel riconoscimento di questo particolare campo come esclusivamente sanitario, e della volontà di non fare di esso una disciplina 'speciale'.

Accanto alla disciplina dei TSO, è previsto che “l'unità sanitaria locale opera per *ridurre* il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori, sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità” (art. 33 co. 5). Mi sembra una disposizione molto significativa, poiché chiarisce la volontà del legislatore di utilizzare i TSO come *extrema ratio*, concentrando le energie sulla prevenzione e la cura sul territorio.

In generale, si può dire che nel periodo di approvazione della legge, ed in quello di poco successivo, erano diffusi da un lato giudizi positivi sui nuovi principi

atomistica della vicenda individuale del disagio, frantumata – nei casi, i più frequenti, di reiterazione degli interventi terapeutici garantiti – in una sequela di particelle, l'una slegata dall'altra”, con questa modifica si vuole rendere possibile all'ufficio tutelare di residenza “di valutare, non solo l'ultimo episodio d'acuzie – sottopostogli isolatamente, con la singola specifica pratica di convalida – bensì, tutta la storia clinica di chi vive il disagio mentale, in un continuum che getti luce su ogni evento, colorandone i profili di urgenza, necessità e proporzionalità terapeutica e consentendo, per tale via, un controllo giurisdizionale effettivo ex art. 13 Cost. e ragionevole ex art. 3 Cost.”, ed una “assunzione in carico” dell'individuo disagiato.

1233 In particolare gli articoli 1-7, norme passate da un testo normativo all'altro “senza soluzioni di continuità nella loro efficacia normativa”. Così Bruscutta L., *Commento all'art. 33*, cit. ,p. 1255.

espressi dalla legge, ma vi erano anche molte perplessità. Da un lato vi era chi affermava che la l. 180 non aveva in realtà abbandonato una visione della psichiatria come funzionale al controllo sociale, nonostante lo scopo ufficialmente perseguito è quello di tutela della salute, e che per quanto riguarda i malati c.d. 'lungodegenti' “non sarà attuata nessuna demanicomializzazione, ma un mero trasferimento di un nuovo, seppur più piccolo manicomio, all'interno degli ospedali generali”¹²³⁴.

D'altro lato vi erano forti critiche sulle modalità di applicazione della riforma. Si stavano infatti verificando notevoli ritardi nella realizzazione delle strutture extraospedaliere previste dalla legge, e nella creazione di una effettiva 'rete' per la prevenzione e la cura delle infermità psichiche. Alcuni constatavano che “le Regioni [erano] spesso gravemente inadempienti:(...) nulla o quasi si è mosso per i provvedimenti necessari al trasferimento alle USL dei beni e del personale delle IPAB e degli altri enti pubblici e privati (...) che provvedevano al ricovero ed alla cura dei malati di mente”. Altri commentavano che queste nuove leggi costituivano “una svolta radicale che ha, da un giorno all'altro, tagliato i ponti col passato ed appaiono completamente proiettate nel futuro, *lasciando però del tutto scoperto il presente*”, ritenendo nel complesso “assurda e controproducente” la legge, “viziata da ignoranza dei fatti reali, velleitarismo, incongruenza fra scopi ed effetti”¹²³⁵.

1234 Così Vecchietti, *Evoluzione della legislazione*, cit., pp. 134 s.

1235 Così Catalano, Nobili-Cerquetelli, *Critica della nuova regolamentazione dell'assistenza psichiatrica*, in *Clinica psichiatrica*, 1979, p. 9 (dell'estratto), cit. da Brusciuglia L., in *Commento all'art. 33*, cit. ,p. 1256, il quale ritiene però che “l'asprezza della critica non appare sorretta da un esame obiettivo degli artt. 33, 34 e 64 della riforma sanitaria” (corsivo

L'attuazione delle previsioni della legge si scontrava “con una realtà soggettiva (...) ed oggettiva (...) completamente impreparata a recepirne concretamente i contenuti”¹²³⁶. Lo smantellamento degli O.P. (smantellamento che, in ogni caso, ha avuto piena realizzazione solo verso la metà degli anni '90, a distanza di molti anni dalla sua previsione¹²³⁷), secondo alcuni ha soltanto evidenziato la mancanza di volontà, od incapacità, dello Stato e della collettività di curare le malattie mentali.

I più critici ritenevano che “l'unico diritto che sembra derivare [ai pazienti ed alle loro famiglie] dalla 180 (al di là di una mistica 'riabilitazione sociale' e di perentorie promesse di 'non emarginazione') è molte volte quello di arrangiarsi, ricorrendo, quando possibile, alle strutture private, o procedendo a ruota libera su di una strada che sbocca spesso nel carcere o – forse ancora per poco – nel manicomio giudiziario”¹²³⁸.

Queste considerazioni sono sicuramente fondate, per quanto riguarda il rischio di abbandono del sofferente psichico e della sua famiglia. Tuttavia mi sembra che non

mio).

1236 Bruscutta L., *Commento all'art. 33*, cit. ,p. 1257.

1237 In particolare è stata la l. 724/94 (legge finanziaria) a prevedere la definitiva chiusura degli O.P.P., da effettuarsi entro il 31 dicembre 1996; ancora al 31 marzo 1998 risulta però completato il processo di superamento solo per 36 O.P. su 75. (così la pubblicazione del Ministero della sanità “*Stato di attuazione del processo di superamento degli ospedali psichiatrici e di realizzazione dei dipartimenti di salute mentale*”, che fotografa lo stato di superamento degli ospedali psichiatrici al 31 marzo 1998. Fonte: <http://www.grusol.it/informazioni/chiusuraospedali2.asp>).

1238 Così Realdon A., Direttore dei Servizi psichiatrici della Provincia di Gorizia, *Lettere al direttore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 12.

dovrebbero sminuire la positiva innovazione portata dalla legge, e che le critiche siano da rivolgersi più alla cattiva attuazione (e prassi applicativa) della 180 (che prevede¹²³⁹ l'istituzione di servizi territoriali a diffusione capillare, che possano prendersi cura adeguatamente degli infermi, garantendo “la continuità dell'intervento sanitario”, e sostenere le famiglie) che alla legge stessa¹²⁴⁰.

Certamente il problema della realizzazione di servizi territoriali, che possano seguire con la dovuta attenzione i malati e le loro famiglie, è grave; ancora oggi, a distanza di 30 anni, essa risulta carente sotto molti aspetti, ed è denunciata da molte associazioni di familiari di utenti psichiatrici. Come fa notare BARDUSCO, “il problema dell'assistenza agli alienati – assistenza economica, ed assistenza fisica – è un *problema sociale* e come tale va affrontato. Alle famiglie (...) – quando esistono – si potrà chiedere qualche forma di collaborazione. Ma non si potrà pretendere che essi da soli garantiscano in via diretta e il mantenimento, e i particolari servizi di cui un ammalato di mente abbisogna”¹²⁴¹.

1239 Art. 6 l. 180/1978; artt. 33 co. 5 e 34 co. 1 e 3, l. 833/1978.

1240 Così Visintini, *La riforma*, cit., p. 448. Anche Fornari, (neuropsichiatra e docente di antropologia criminale), pur critico sotto molti aspetti, ritiene che il fatto che le strutture extra-ospedaliere (...) sono “insufficienti o inadeguate per l'assistenza ad una certa fascia di malati significa solo che o se ne debbono istituire altre o si debbono meglio organizzare quelle già esistenti, adattandole sempre più ai bisogni specifici del malato di mente. (...) La legge vale come legge quadro. Occorre completarla ed integrarla, là dove si ravvisino le sue carenze”, in *Il trattamento del malato di mente*, cit., p. 356.

1241 Bardusco A., *Il labirinto delle malattie di mente*, cit., pp. 718 s. (corsivo mio).

2. La procedura dei Trattamenti ed Accertamenti Sanitari Obbligatoriosi per infermità psichica.

Per descrivere la procedura che la legge prescrive per l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori e di accertamenti sanitari obbligatori (TSO ed ASO) credo sia anzitutto necessario riportare per esteso il testo degli articoli della l. 833/1978 interessati, in modo da poter poi limitare il commento alla descrizione degli aspetti meno chiari ed a quelli che risultano più problematici nella valutazione della possibile responsabilità penale dello psichiatra, rimandando per il resto al testo della legge stesso.

Segnaliamo che oltre alla legge 833/1978 vi sono altre fonti, di livello inferiore (per lo più direttive ministeriali e linee guida regionali, ed altri regolamenti) che contribuiscono alla definizione delle procedure e delle finalità dei TSO; di esse non si offrirà una panoramica generale, ma saranno richiamate ove necessario.

La l. 833, al Titolo I (Servizio Sanitario Nazionale), Capo III (Prestazioni e funzioni) così dispone:

Art. 33 – Norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori:

“1. Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari.

2. 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, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura.

3. 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.

4. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori sono attuati dai presidi e servizi sanitari pubblici territoriali e, ove necessari la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate.

5. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato. L'unità sanitaria locale opera per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori, sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità.

6. Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno.

7. Chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio.

8. Sulle richieste di revoca o di modifica il sindaco decide entro dieci giorni. I provvedimenti di revoca o di modifica sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato”.

Art. 34 – Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori per malattia mentale.

“1. La legge regionale, nell'ambito della

unità sanitaria locale e nel complesso dei servizi generali per la tutela della salute, disciplina l'istituzione di servizi a struttura dipartimentale che svolgono funzioni preventive, curative e riabilitative relative alla salute mentale.

2. Le misure di cui al secondo comma dell'articolo precedente possono essere disposte nei confronti di persone affette da malattia mentale.

3. Gli interventi di prevenzione, cura e riabilitazione relativi alle malattie mentali sono attuati di norma dai servizi e presidi territoriali extraospedalieri di cui al primo comma.

4. 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. Il provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera deve essere preceduto dalla convalida della proposta di cui al terzo comma dell'articolo 33 da parte di un medico della unità sanitaria locale e deve essere motivato in relazione a quanto previsto nel presente comma.

5. Nei casi di cui al precedente comma il ricovero deve essere attuato presso gli ospedali generali, in specifici servizi psichiatrici di diagnosi e cura all'interno delle strutture dipartimentali per la salute mentale

comprendenti anche i presidi e i servizi extraospedalieri, al fine di garantire la continuità terapeutica. I servizi ospedalieri di cui al presente comma sono dotati di posti letto nel numero fissato dal piano sanitario regionale”.

Art. 35 – Procedimento relativo agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale e tutela giurisdizionale.

“1. Il provvedimento con il quale il sindaco dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera, da emanarsi entro 48 ore dalla convalida di cui all'articolo 34, quarto comma, corredato dalla proposta medica motivata di cui all'articolo 33, terzo comma, e dalla suddetta convalida deve essere notificato, entro 48 ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune.

2. Il giudice tutelare, entro le successive 48 ore, assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti, provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento e ne dà comunicazione al sindaco. In caso di mancata convalida il sindaco dispone la cessazione del trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera.

3. Se il provvedimento di cui al primo comma del presente articolo è disposto dal sindaco di un comune diverso da quello di residenza dell'infermo, ne va data comunicazione al sindaco di questo ultimo comune, nonché al

giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune di residenza. Se il provvedimento di cui al primo comma del presente articolo è adottato nei confronti di cittadini stranieri o di apolidi, ne va data comunicazione al Ministero dell'interno, e al consolato competente, tramite il prefetto.

4. Nei casi in cui il trattamento sanitario obbligatorio debba protrarsi oltre il settimo giorno, ed in quelli di ulteriore prolungamento, il sanitario responsabile del servizio psichiatrico della unità sanitaria locale è tenuto a formulare, in tempo utile, una proposta motivata al sindaco che ha disposto il ricovero, il quale ne dà comunicazione al giudice tutelare, con le modalità e per gli adempimenti di cui al primo e secondo comma del presente articolo, indicando la ulteriore durata presumibile del trattamento stesso.

5. Il sanitario di cui al comma precedente è tenuto a comunicare al sindaco, sia in caso di dimissione del ricoverato che in continuità di degenza, la cessazione delle condizioni che richiedono l'obbligo del trattamento sanitario; comunica altresì la eventuale sopravvenuta impossibilità a proseguire il trattamento stesso. Il sindaco, entro 48 ore dal ricevimento della comunicazione del sanitario, ne dà notizia al giudice tutelare.

6. Qualora ne sussista la necessità il giudice tutelare adotta i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo.

7. La omissione delle comunicazioni di cui al primo, quarto e quinto comma del presente

articolo determina la cessazione di ogni effetto del provvedimento e configura, salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave, il reato di omissione di atti di ufficio.

8. Chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare.

9. Entro il termine di trenta giorni, decorrente dalla scadenza del termine di cui al secondo comma del presente articolo, il sindaco può proporre analogo ricorso avverso la mancata convalida del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio.

10. Nel processo davanti al tribunale le parti possono stare in giudizio senza ministero di difensore e farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce al ricorso o in atto separato. Il ricorso può essere presentato al tribunale mediante raccomandata con avviso di ricevimento.

11. Il presidente del tribunale fissa l'udienza di comparizione delle parti con decreto in calce al ricorso che, a cura del cancelliere, è notificato alle parti nonché al pubblico ministero.

12. Il presidente del tribunale, acquisito il provvedimento che ha disposto il trattamento sanitario obbligatorio e sentito il pubblico ministero, può sospendere il trattamento medesimo anche prima che sia tenuta l'udienza di comparizione.

13. Sulla richiesta di sospensiva il presidente del tribunale provvede entro dieci

giorni.

14. Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, dopo avere assunto le informazioni e raccolto le prove disposte di ufficio o richieste dalle parti.

15. I ricorsi ed i successivi provvedimenti sono esenti da imposta di bollo. La decisione del processo non è soggetta a registrazione”.

Cerchiamo ora di delineare, nelle sue linee essenziali, il procedimento da seguire. Per farlo, conviene partire dall'ipotesi-base di TSO in regime di ricovero ospedaliero, il più usato nella prassi e la cui disciplina emerge più chiaramente dalla legge; in seguito cercheremo di capire in che cosa consistono e come si possono realizzare i TSO extraospedalieri e gli ASO.

2.1. I TSO in regime di degenza ospedaliera. La procedura di applicazione.

2.1.1. Le fasi della procedura.

La lettura congiunta degli articoli sopra riportati delinea il procedimento di TSO in regime di degenza ospedaliera nel seguente modo.

Il primo passo del procedimento è costituito dalla proposta motivata di “un medico” (non meglio identificato), come si desume dall'art. 33 co. 3 in combinato disposto con il 34 co. 4.

Questa proposta deve essere poi convalidata da “un

medico della unità sanitaria locale” (art. 34 co. 4). Il sindaco¹²⁴², *in qualità di autorità sanitaria*, può quindi adottare il provvedimento che dispone il TSO (art. 33 co. 1), *motivando* in relazione a quanto previsto dall'art. 34 co. 4 (che individua i presupposti necessari per l'emanazione di un provvedimento di TSO). Il provvedimento sindacale deve essere emanato *entro 48 ore* dalla convalida del medico dell'unità sanitaria locale (art. 35 co. 1).

Una volta emanato il provvedimento del sindaco, può essere effettuato il ricovero ospedaliero della persona sottoposta a TSO.

Il provvedimento del sindaco, corredato dalla proposta medica motivata e dalla sua convalida, deve essere notificato *entro 48 ore dal ricovero*, tramite messo comunale, al *giudice tutelare* nella cui circoscrizione rientra il comune.

Il giudice tutelare deve convalidare o non convalidare il provvedimento entro le *successive 48 ore*. Per la decisione deve 'assumere le informazioni' e 'disporre eventuali accertamenti'.

In caso di mancata convalida, il sindaco deve *disporre* la cessazione del TSO in regime di ricovero ospedaliero.

Se il TSO ospedaliero, a giudizio del medico responsabile del servizio psichiatrico dell'unità sanitaria locale, deve protrarsi oltre il settimo giorno, quest'ultimo deve “formulare, in tempo utile, una proposta motivata al sindaco che ha disposto il ricovero”; questi comunica la

1242 Nel caso in cui il sindaco che emana il provvedimento non sia quello del Comune di residenza dell'infermo, ne va data comunicazione al sindaco del Comune di residenza, ed al relativo giudice tutelare; se l'infermo è cittadino straniero o apolide, “ne va data comunicazione al Ministro dell'interno, ed al Consolato competente, tramite il Prefetto” (v. art. 35 co. 3).

proposta al giudice tutelare “con le modalità e per gli adempimenti di cui al primo e secondo comma” dell'art. 35¹²⁴³, indicando la “ulteriore durata presumibile del trattamento stesso”¹²⁴⁴ (art. 35 co. 4).

Nel caso in cui “le condizioni che richiedono l'obbligo del trattamento sanitario” vengano meno, il sanitario responsabile del servizio psichiatrico dell'unità sanitaria locale deve comunicarlo al sindaco, che a sua volta lo comunica al giudice tutelare; questo sia nel caso in cui la persona continui la degenza in regime di ricovero volontario, sia che venga dimesso (art. 35 co. 5).

Deve essere analogamente comunicata al sindaco, e da questi al giudice “la eventuale sopravvenuta impossibilità a proseguire il trattamento”¹²⁴⁵.

Per concludere con le principali norme relative alla procedura di applicazione, l'art. 35 comma 7 dispone che l'omissione delle comunicazioni “di cui al primo, quarto e quinto comma” dell'art. 35 comporta la “cessazione di ogni effetto del provvedimento” e configura, “salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave, il reato di

1243 E quindi il sindaco deve convalidare la proposta (o non convalidarla, anche se non è letteralmente previsto), e deve notificarla al giudice tutelare entro 48 ore (non è chiarissimo però a decorrere da quando, visto che l'art. 35 co. 1 parla di “48 ore dal ricovero”: in caso di proroga del TSO la persona è già ricoverata da una settimana; probabilmente si tratterà di 48 ore dal ricevimento della proposta). Il giudice entro le successive 48 ore dovrà provvedere con decreto motivato. V. comunque *infra*.

1244 Seguendo la lettera della legge, sembra che chi deve indicare la durata presumibile sia il sindaco; sembra però più plausibile un'interpretazione diversa, per cui la indica il sanitario, ed il sindaco convalida.

1245 Art. 35 co. 5. Sul significato da attribuirsi a questa espressione, si veda *infra*.

omissione di atti di ufficio¹²⁴⁶.

2.1.2. I punti problematici della procedura di applicazione. Proposta e convalida: l'individuazione dei medici ex art. 33 terzo comma e 34 quarto comma.

Affrontiamo ora i punti meno chiari o di sospetta incostituzionalità nella procedura appena esposta. Cercheremo qui di riflettere su quale possa essere l'interpretazione migliore delle norme, facendo, in alcuni casi, rinvio ad una trattazione più approfondita in sede di commento delle sentenze più importanti in argomento, che ci daranno occasione di trattare il problema considerandolo nel suo complesso, nei molteplici aspetti in cui si presenta nella realtà.

In primo luogo, viene spontaneo domandarsi *chi sia* il medico deputato a proporre il TSO. O meglio, se vi sia *un* medico deputato a farlo. Inoltre, chi è il “medico della unità sanitaria locale” che deve convalidare la proposta?

Sulla questione, come accennato, torneremo più avanti¹²⁴⁷. Per ora possiamo limitarci a notare che la

1246 Art. 328 c.p., comma 1: Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione. “Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni”.

1247 In ottica penalistica, il problema è rilevante soprattutto per determinare la sussistenza o meno di una *posizione di garanzia* in capo ad un medico eventualmente ritenuto responsabile di atti auto od etero lesivi commessi da una persona per la quale si ritiene sussistessero i requisiti per l'imposizione di un TSO, che il medico non aveva proposto. Egli potrebbe essere ritenuto autore di reato omissivo improprio, per non aver impedito un

norma, per quanto riguarda il medico che deve *proporre* il TSO, non prevede alcun tipo di qualificazione particolare. Se ci rivolgiamo a fonti di grado inferiore, per verificare se vi siano indicazioni differenti, troviamo che le recenti linee guida emanate dalla Regione Veneto per i Dipartimenti di Salute Mentale in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio¹²⁴⁸ affermano espressamente che “per attuare un TSO in regime di degenza ospedaliera [è necessaria] la proposta motivata da parte di un *qualunque* medico”¹²⁴⁹.

Le stesse linee guida specificano anche però che “come per ogni malattia degna di cura ci può essere, fin dalla fase diagnostica, (...) il bisogno di un intervento specialistico. Pertanto, quando disponibili, dovrebbero essere usate tutte le competenze necessarie: direttamente dovrebbero intervenire, o portare un contributo in consulenza, lo psichiatra, lo psichiatra del servizio di territorio, l'equipe del servizio di territorio (in quanto portatori di conoscenze utili alla diagnosi, alla [distinzione] tra alterazione psichica di rilevanza psichiatrica e manifestazioni comportamentali di origine dissociale, ecc.)”¹²⁵⁰.

Analogamente, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Alvaro Gil-Robles, nel rapporto sulla sua visita in Italia (10 - 17 giugno 2005)¹²⁵¹, fa notare che “la procedura può sembrare adatta, da un punto di vista puramente formale, ma si deve notare che la legislazione

evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire, *ex art.* 40 c.p.

1248 Allegato A alla Deliberazione della Giunta Regionale Veneto n. 847 del 31 marzo 2009.

1249 *Ibidem*, par. 3.1. (corsivo mio).

1250 *Ibidem*.

1251 Documento CommDH (2005)9 del 14 dicembre 2005, par. 41.

non dispone che almeno uno dei due medici sia uno psichiatra. (...) Questa decisione, che richiede l'intervento di quattro persone diverse, godrebbe di maggiore trasparenza se prevedesse il ricorso obbligatorio a uno psichiatra, sola persona veramente in grado di diagnosticare la patologia del malato e di valutare in modo globale la necessità dell'internamento”.

In effetti, poiché il TSO dovrebbe costituire *extrema ratio*, sarebbe opportuno che la proposta venisse fatta solo ove ci fosse la (relativa) certezza di trovarsi di fronte ad un soggetto che necessita effettivamente di urgenti cure psichiatriche; giudizio molto delicato, per la sua natura e per le conseguenze che ha sulla libertà della persona. Evidentemente, le condizioni di salute psichica di un individuo potranno essere valutate al meglio da chi abbia una certa esperienza nel campo della cura delle infermità psichiche.

In linea di principio, comunque, si può dire che qualsiasi medico venga in contatto con una persona che a suo parere presenta i requisiti per l'imposizione di TSO, è legittimato a proporre TSO¹²⁵².

Per quanto riguarda il medico che deve *convalidare* la proposta, la legge specifica che deve trattarsi di un medico 'dell'unità sanitaria locale'. Non si dice, nemmeno qui, che debba trattarsi necessariamente di medico psichiatra. Quello che conta è che il medico abbia un

1252 Per l'attribuzione di un'eventuale responsabilità per la mancata proposta del TSO ci dovrà però essere una attenta verifica, caso per caso, della sussistenza di tutti gli elementi necessari. Bisognerà valutarsi in concreto ad esempio se il medico in questione aveva regolarmente in cura la persona, oppure se era stato contattato solo per una specifica visita, o, ancora, se aveva visitato la persona o se gli era stato richiesto di farlo.

“rapporto di dipendenza o di convenzione con il servizio sanitario nazionale”¹²⁵³. Come afferma FIANDACA, comunque, sembra siano particolarmente responsabili di questo aspetto della salute individuale e collettiva i medici del servizio di igiene mentale, “avuto riguardo tanto alla sua configurazione originaria (quale servizio psichiatrico della provincia) che al suo successivo inquadramento nell'ambito dei servizi psichiatrici delle Usl”¹²⁵⁴. Nello stesso senso si esprime una direttiva della regione Emilia-Romagna¹²⁵⁵, la quale ritiene “opportuno che la convalida avvenga attraverso il coinvolgimento di un servizio specialistico quale è il Servizio psichiatrico territoriale”.

Dalle informazioni che abbiamo potuto reperire su quello che avviene *nella prassi*, per quanto riguarda in particolare i TSO effettuati nella città di Milano, sappiamo che, di norma, la procedura viene 'attivata' tramite la richiesta di soggetti vicini alla persona che si vuole sottoporre a TSO, i quali si rivolgono ad un medico (il c.d. medico di famiglia' o, spesso, quello del Centro Psico Sociale – CPS – presso il quale è già seguita la persona) perché formuli la proposta; se la proposta viene effettuata, ci si rivolge, normalmente, alla centrale della Polizia municipale, presso la quale è sempre reperibile, a turno, uno psichiatra del servizio pubblico¹²⁵⁶; questi viene

1253 Così le Linee Guida Regionali del Veneto.

1254 Fiandaca, *Problemi e limiti*, cit.

1255 Direttiva di cui non ho potuto individuare gli estremi (in ogni caso di contenuto diverso rispetto alla direttiva Emilia-Romagna n. 1457/89 citata *supra*), ma che è ampiamente citata in Grassi L., Ruggiano M.G., *Alcune considerazioni sui trattamenti sanitari obbligatori con particolare riferimento alla situazione bolognese*, in *Dir. fam. e persone*, 1992, pp. 113 ss.

1256 Afferma che di norma la proposta proverrà dal 'medico curante' generico e sarà convalidata da uno psichiatra anche

chiamato perché provveda a convalidare la proposta, che successivamente viene inoltrata al sindaco o ad un suo delegato.

Ulteriore documento che può esserci di aiuto per capire come di fatto vengano effettuate le procedure di applicazione dei TSO è un testo approvato dalla Società Italiana di Psichiatria (SIP) “per l'integrazione della Legge 833 su Accertamenti e Trattamenti Obbligatorî”¹²⁵⁷. Nonostante il titolo lasci intendere la volontà di modificare la legislazione vigente, la SIP presenta le proprie proposte come “esclusivamente mirate a *chiarire* le procedure, (...) al fine di garantire la piena omogeneità di intervento su tutto il territorio nazionale”. In questo senso dunque dobbiamo intendere l'affermazione per cui il TSO di norma avviene “a seguito di una proposta di un medico del Servizio Sanitario Nazionale e di una convalida da parte di un medico *psichiatra* del SSN”¹²⁵⁸.

Inoltre vi è un recente documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, intitolato “Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale”¹²⁵⁹, approvato il 29 aprile 2009, il quale dà atto della “pratica, già ampiamente diffusa e da raccomandare perché diventi la pratica dominante, dell'intervento di uno psichiatra del servizio pubblico, almeno nella fase di convalida del TSO”.

Nella prassi sembra di capire che comunque la convalida sia pressochè scontata, o meglio che sia

Visintini, *La riforma*, cit., p. 450.

1257 Documento approvato all'unanimità dal Comitato Esecutivo della Società Italiana di Psichiatria nella seduta del 5 giugno 2004.

1258 Corsivo mio.

1259 Siglato 09/038/CR/C7.

estremamente raro il caso in cui il secondo medico intervenuto non convalidi la proposta del primo (per svariati motivi, tra cui probabilmente gioca un ruolo importante un atteggiamento di *defensive medicine*). Addirittura il commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa così afferma nella sua relazione: “inoltre, il secondo parere è unicamente una convalida del primo, senza colloquio con il malato”¹²⁶⁰.

2.1.3. *Il ruolo del sindaco.*

Il sindaco, entro 48 ore dal ricevimento della proposta e della convalida, emette (o meno) un provvedimento con cui dispone il TSO. E' a partire da questo momento che il ricovero può avere inizio (l'intervento del giudice tutelare, come vedremo, configura solo un controllo successivo).

Dei profili di incostituzionalità che si possono ravvisare nella norma parleremo più avanti; per ora limitiamoci a notare come disponendo che il sindaco agisca non in veste di autorità di pubblica sicurezza, ma come 'ufficio distaccato del Ministero della Sanità', la legge ha probabilmente voluto sottolineare la presa di distanza dalla disciplina precedente, che affrontava il problema prevalentemente come una questione di sicurezza pubblica.

Da chiarire è se il sindaco agisce in veste di capo dell'amministrazione comunale o di ufficiale di Governo, come organo statale; secondo alcuni ciò “non assume affatto un'importanza marginale se si tiene conto che le ordinanze del sindaco emesse in qualità di capo

1260 Par. 41.

dell'amministrazione comunale sono da ritenersi definitive, a differenza delle altre”, che “non sono da considerarsi definitive e, quindi, contro di esse è ammesso ricorso gerarchico al Prefetto o, in via alternativa, al Tribunale Amministrativo Regionale”¹²⁶¹. In realtà, l'impugnazione ed il reclamo avverso il provvedimento del sindaco hanno una loro specifica disciplina all'interno della l. 833/1978, per cui l'interrogativo perde in parte il suo significato. Visto però che può comunque avere qualche influenza sulla natura del provvedimento il titolo in base al quale esso viene adottato, riportiamo brevemente le considerazioni che sono state svolte sul punto.

L'A. appena citato giunge alla conclusione che il sindaco agisce in questo campo come ufficiale del Governo. Il suo ragionamento si basa però sul testo dell'art. 38, primo comma, lett. b), della legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali, “dove si precisa che il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende alla emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalle leggi e dai regolamenti in materia di ordine e di sicurezza pubblica, di *sanità* e di igiene pubblica”. Questa norma è stata abrogata, ed ora bisogna fare riferimento all'art. 54 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come modificato dal d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (Decreto

1261 Così Fontana G., *Disturbati psichici e accertamento e trattamento sanitario obbligatorio*, in *Diritto & diritti*, 2003, reperibile all'indirizzo www.diritto.it/materiali/enti_locali/fontana3.html. Per una panoramica sui ricorsi amministrativi e giurisdizionali contro atti amministrativi, e per il concetto di 'definitività' dell'atto, cfr. Scoca F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, spec. pp. 242 s. e parte 7, cap. I. Sulla ricorribilità al TAR v. però *infra*.

convertito, con modificazioni, in legge 24 luglio 2008, n. 125. Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica). Quest'ultimo, rubricato “Attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale”, attribuisce al sindaco quale ufficiale di Governo una serie di compiti, enfatizzando il suo ruolo ed i suoi poteri in materia di ordine pubblico e sicurezza. Non viene più richiamata alcuna funzione in materia di sanità o igiene; anzi al comma 12 si precisa che “Il Ministro *dell'interno* può adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dal presente articolo da parte del sindaco”, mostrando come tutte le funzioni indicate come atti emanati in veste di ufficiale di governo rientrino tra le materie di gestione dell'ordine pubblico, tra cui, come abbiamo visto, non dovrebbe più rientrare la materia delle infermità mentali.

L'art. 50 del medesimo T.U. disciplina invece le funzioni del sindaco attribuitegli in quanto autorità locale. Non è nemmeno qui contemplato specificamente il campo della sanità (salvo che per il caso di “emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale” ai fini dell'emanazione di “ordinanze contingibili e urgenti”), ma vi è una formula aperta per cui “il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge” (art. 50, co. 4), in cui potrebbe rientrare il provvedimento di cui si tratta.

In definitiva, sembra essere venuta meno la base normativa per affermare che il sindaco agisce in veste di Ufficiale di Governo, ma alcune sentenze piuttosto recenti hanno avuto modo di ribadire che comunque il sindaco “assume in tale specifica materia la qualità di *ufficiale di governo*, vale a dire di organo diretto dello Stato e non già del Comune, che deve ritenersi quindi estraneo alla

complessa procedura”¹²⁶². Sembra in questo senso erroneo quanto affermato da una Direttiva regionale dell'Emilia Romagna del 1989, emanata per fare chiarezza sulle procedure da attuarsi per gli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in psichiatria (oltretutto richiamata testualmente dalle recentissime Linee guida venete), secondo la quale “il provvedimento che dispone il TSO rientra nella competenza dell'ente Comune (...) sotto il profilo dell'autorità che lo emana”¹²⁶³.

Comunque, la giurisprudenza ritiene che il provvedimento del sindaco non possa essere *in nessun caso* impugnato avanti al TAR¹²⁶⁴, ma debba essere sempre impugnato davanti al giudice tutelare. Questo perché “la posizione soggettiva in cui si trova il destinatario del provvedimento” – riguardando al libertà personale – “non ha natura di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo pieno, non suscettibile di affievolimento a fronte del potere riconosciuto all'autorità amministrativa”¹²⁶⁵.

Da un punto di vista sostanziale, ci si deve chiedere

1262 Così Cass. civ. 16 aprile 2004, n. 7244, in *Ragiusan*, 2004, n. 247, p. 300; analogamente T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 27 novembre 2006, n. 6022, in *Corr. merito* 2007, 2, p. 258, e Trib. Venezia, 19 dicembre 2005, in *Ragiusan*, 2006, n. 261/262, pp. 242 ss., che inoltre specifica che, in caso di controversia relativa all'imposizione di TSO, legittimato a stare in giudizio non può essere il Ministero dell'Interno ma quello della Salute.

1263 Direttiva regionale Emilia-Romagna n. 1457/89; Linee guida Veneto, cit., par. 4.1.

1264 Questa via è stata tentata ad esempio in un caso in cui il provvedimento del sindaco non fu seguito dalla convalida del giudice tutelare (per la quale è prevista l'impugnazione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria) ma aveva comunque avuto luogo il ricovero: TAR Firenze Toscana n. 6022 del 2006, cit.

1265 TAR Firenze Toscana n. 6022 del 2006, cit.

che tipo di controllo debba essere effettuato dal sindaco ai fini della decisione sull'emanazione del provvedimento. A questo proposito è stato detto, tra i primi commenti, che “dato che non è previsto per il sindaco l'obbligo di assumere informazioni e di disporre eventuali accertamenti (previsto dal comma 2° per il giudice tutelare) è da ritenere che egli debba limitarsi a verificare la relativa convalida e *non possa entrare nel merito dell'effettiva sussistenza dei presupposti del trattamento*. Nel caso in cui riscontri irregolarità formali (ad es.: mancata convalida della proposta; oppure: convalida da parte di un sanitario incompetente), il sindaco deve respingere la proposta, salva regolarizzazione di essa da parte dei sanitari”¹²⁶⁶. In seguito è sembrato, questo, un giudizio troppo limitativo. Troviamo riscontro di questo nel testo della direttiva Emilia-Romagna citata al paragrafo che precede, e ripresa dalle recenti Linee guida venete, ove si sottolinea “che tale ordinanza non è una mera conseguenza burocratica delle certificazioni mediche, ma un atto sul quale il sindaco è *chiamato a pronunciarsi*, in quanto referente istituzionale per la sanità che ha la responsabilità ultima su tutte le procedure inerenti le proprie ordinanze”¹²⁶⁷. Per questo “si ritiene indispensabile, al fine di una procedura corretta e rispettosa del dettato legislativo, la creazione di un effettivo coinvolgimento del Sindaco”¹²⁶⁸. Altre fonti¹²⁶⁹

1266 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1266 (corsivo mio).

1267 Linee guida Veneto, cit., par. 4.1. (corsivo mio).

1268 Così la direttiva Emilia Romagna, riportata in Grassi e Ruggiano, *Alcune considerazioni*, cit.

1269 Direttiva del Comune di Bologna, 13 marzo 1990, che raccoglie le prassi operative dell'ufficio del giudice tutelare, riportata in Grassi e Ruggiano, *Alcune considerazioni*, cit., pp. 114 ss. Analogamente Fontana G., *Disturbati psichici*, cit.

ricordano che “l’ordinanza con cui si dispone un ASO o TSO non è un atto dovuto, ma un atto discrezionale. Questo comporta a carico di chi firma una valutazione di merito”. Va pertanto accertato “non solo che sussistano tutti i requisiti richiesti dalla legge, (...) ma anche che, sulla base di quanto certificato dai medici, esistano condizioni di urgenza e gravità tali da rendere necessario un intervento eccezionale qual è quello che lede il diritto inviolabile della libertà dell’individuo”¹²⁷⁰.

Ma soprattutto una conferma arriva dalla giurisprudenza: la Cassazione sembra affermarlo, ma solo implicitamente¹²⁷¹; qualche chiarimento in più si ha però alla lettura della massima della Pretura di Torino, che recita “Non può essere convalidato il decreto del sindaco che proroga il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera senza adeguata motivazione (nella specie: non si è ritenuta sufficiente motivazione l’indicazione della diagnosi fatta dal medico nella sua richiesta di proroga del trattamento)”¹²⁷². Pur senza sbilanciarsi, queste sentenze sembrano confermare che il provvedimento del sindaco non può appiattirsi sul testo dei certificati medici, senza valutare da un punto di

1270 Per cui “qualora la documentazione sia incompleta o carente, nel senso che non fornisce sufficienti elementi di conoscenza per la valutazione nel merito, [il Sindaco o] l’Assessore di turno non deve firmare, ma prendere immediatamente contatto con il medico che ha convalidato la proposta, per avere ulteriori accertamenti tecnici, anche al fine di valutare eventuali misure alternative al t.s.o.”.

1271 Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998, n. 6240, Romano c. Comune di Floridia, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3079, ed in *La nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, pp. 382, con nota di Venchiarutti A., su cui *infra*, par. 2.3.3.

1272 P. Torino, 28-09-1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 3011

vista 'istituzionale' la sussistenza dei presupposti, tra cui, *ex art. 32 Cost.*, quello della sussistenza di un interesse collettivo all'imposizione del trattamento. Tratta ovviamente il tema anche la recente raccomandazione della conferenza delle Regioni e Province autonome, la quale sottolinea, in un certo modo in controtendenza rispetto a quanto sin qui visto, che “nelle 48 ore che il Sindaco ha a disposizione dopo aver ricevuto la certificazione di convalida alla proposta di TSO, egli *non deve svolgere nessuna indagine supplementare*”. Effettivamente ulteriori indagini non sono previste dalla legge, ed esplicitandolo, quindi, la raccomandazione non dice nulla di nuovo; però non facendo alcun cenno alla necessità che il sindaco non si limiti ai soli certificati medici, ma analizzi sotto diversi aspetti la questione, questa frase sembra esprimere la volontà di ridurre al minimo la funzione di controllo del sindaco.

Per riportare il discorso su un piano più vicino alla realtà, segnaliamo quanto auspicato da URASaM Lombardia in un comunicato del 2008¹²⁷³. In merito al ruolo del sindaco nel TSO, l'associazione afferma: “Significhiamo che il Sindaco non è chiamato a svolgere un mero ruolo formale. La sua azione è sostanziale. Egli è

1273 Unione Regionale Associazioni per la Salute Mentale, associazione che riunisce svariate realtà che si occupano di salute mentale, e che non si mostra, in generale, affatto ostile ai TSO né alla psichiatria. Anzi, nello stesso documento qui citato si lamentano le eccessive fasi procedurali che rallentano l'effettuazione dei TSO: “si dà il caso che gli appesantimenti burocratici non si conciliano con l'urgenza dei ricoveri. Spesso il TSO funziona solo in virtù della buona volontà dei singoli. Che noi si sappia, in nessun altro Paese la procedura è altrettanto farraginoso, lasciando la persona sofferente, per troppo tempo, senza interventi significativi, nello stato di grave malessere”.

il Primo Responsabile della salute pubblica nella comunità locale. Nella realtà di tutti i giorni, ci sovviene che una buona parte dei Sindaci firmino le ordinanze senza assumere alcuna informazione. A volte, e per fortuna raramente, capita che le ordinanze di ricovero siano firmate in bianco, senza che la Polizia locale apponga la generalità dell'ammalato. Non c'è chi non veda quanto questo modo di procedere sia scorretto ed illegale. Il Sindaco o il suo Delegato dovrebbe apporre la firma soltanto dopo aver letto la relazione riguardante il caso di ricovero e dopo aver valutata la relativa situazione¹²⁷⁴. Sembra di capire che il problema non si presenti eccezionalmente ma sia invece piuttosto diffuso. Troviamo denunce in questo senso anche in un articolo, cui abbiamo già accennato, che tratta dei TSO a Bologna dall'entrata in vigore della legge al 1992, con un approccio attento ai problemi concreti e non solo teorici, dal punto di vista dei giudici tutelari. Qui si afferma che “il sindaco (...) ha penetranti poteri di controllo sulle proposte di t.s.o.o. [TSO ospedaliero] ed assume la responsabilità formale dei trattamenti come autorità sanitaria locale. In verità, i sindaci hanno fatto davvero ben poco in questi anni per condizionare la psichiatria ad una corretta gestione dei t.s.o.o. e, spesso, il loro intervento non è stato altro che una burocratica ratifica di quanto veniva deciso dai medici”¹²⁷⁵. Addirittura, come riferisce tra gli altri

1274 *Riflessioni su t.s.o. e a.s.o.*, documento di giugno 2008 del Comitato direttivo di URASaM Lombardia, reperibile all'indirizzo

www.urasamlombardia.it/pages/news.php?start=4&IDnews=38
(ultimo accesso in data 19.7.2009).

1275 Grassi e Ruggiano, *Alcune considerazioni*, cit., p. 110. In particolare, per quanto riguarda la situazione di Bologna fino al 1988, gli AA. affermano che “il sindaco (...) non risulta aver

GIANNICCHEDDA “è nota l'esistenza di moduli prefirmati dai sindaci”¹²⁷⁶. L'A. lo constatava nel 1986, ma questa prassi sembra essere in vigore ancora oggi.

2.1.4. Il giudice tutelare: il procedimento di convalida. Portata ed effetti del suo sindacato.

Il sindaco deve notificare il provvedimento che dispone il TSO, entro 48 ore dall'emanazione, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il Comune, insieme alla proposta medica motivata ed al documento di convalida.

Il g.t., entro 48 ore, dovrà convalidarlo o meno. Per decidere in merito, il giudice “assume informazioni e dispone eventuali accertamenti”. Potrà, ad esempio, chiedere ulteriori informazioni, e “sentire liberamente tutte le persone che siano in grado di fornire notizie utili sulla malattia mentale del soggetto, o disporre una perizia psichiatrica”¹²⁷⁷. Non è invece necessario che il giudice ascolti la persona (sui profili di incostituzionalità qui emergenti, si veda *infra*).

Visto il potere/dovere di assumere informazioni e disporre eventuali accertamenti, si desume che il sindacato del giudice, non debba limitarsi ad un semplice controllo

mai effettuato controlli sulle proposte e sulle convalide, né ha mai esercitato il potere di annullare d'ufficio t.s.o.o. non rispondenti alle condizioni di legge” (corsivo mio).

1276 Giannichedda M. G., *Il consenso del malato di mente al trattamento*, in *Un altro diritto*, cit., p. 244.

1277 Pur se “necessariamente sommaria, dato il brevissimo tempo a sua disposizione per la convalida del provvedimento”. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1267.

formale, ma debba, in linea teorica, entrare nel merito del contenuto del provvedimento.

Se egli ritiene non soddisfatti i presupposti previsti dalla legge, o se ravvisa irregolarità formali, non convaliderà il provvedimento¹²⁷⁸, e ne 'darà comunicazione' al sindaco¹²⁷⁹, che dovrà allora disporre la cessazione del trattamento sanitario in regime di degenza ospedaliera.

Il provvedimento del sindaco ha dunque, prima della pronuncia del giudice, efficacia provvisoria. E' però, in ogni caso, un provvedimento amministrativo perfetto; il decreto del giudice ha una funzione di mero controllo, e non può considerarsi inserito nel processo di formazione di questo¹²⁸⁰.

Da valutare con attenzione è ciò che avviene se il

1278 Se l'irregolarità formale è sanabile entro il termine previsto per la convalida, il giudice potrà sollecitare il sindaco o i medici affinché vengano effettuate le opportune integrazioni (cfr. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1268).

1279 Secondo quanto previsto dall'art. 136 c.p.c.: “Comunicazioni. Il cancelliere, con biglietto di cancelleria in carta non bollata, fa le comunicazioni che sono prescritte dalla legge o dal giudice al pubblico ministero, alle parti, al consulente, agli altri ausiliari del giudice e ai testimoni, e dà notizia di quei provvedimenti per i quali è disposta dalla legge tale forma abbreviata di comunicazione.

Il biglietto è consegnato dal cancelliere al destinatario, che ne rilascia ricevuta, o è rimesso all'ufficiale giudiziario per la notifica

Le comunicazioni possono essere eseguite a mezzo telefax o a mezzo posta elettronica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi”.

1280 Pizzi, *Le malattie mentali*, cit., p. 18.

giudice non convalida il provvedimento del sindaco. Abbiamo visto che la legge dispone che in tal caso il sindaco, ricevuta la comunicazione del giudice, “dispone la cessazione del trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera”.

Questa norma pone sicuramente dei problemi di compatibilità con il dettato costituzionale (art. 13¹²⁸¹), che affronteremo più avanti; per quanto riguarda l'interpretazione letterale, sembra inequivocabile che il giudice debba limitarsi a comunicare la sua decisione al sindaco, e che spetti a quest'ultimo di prendere un ulteriore provvedimento che disponga la cessazione del ricovero¹²⁸².

La mancata convalida, la omessa pronuncia del giudice, nonché la comunicazione tardiva della decisione – per quanto riguarda gli effetti – sono equiparate: la conseguenza è in ogni caso che il sindaco dovrà disporre la cessazione del ricovero obbligatorio. Non può avere nessuna rilevanza la comunicazione di un decreto di convalida giunta successivamente alla scadenza delle 48 ore.

1281 Per il quale i provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati eccezionalmente dall'autorità di P.S., se non convalidati nei termini dal giudice, “si intendono revocati e privi di ogni effetto”: l'effetto estintivo secondo Costituzione opera *ipso iure* e non sono previsti filtri (cfr. Carbone, *Habeas corpus*, cit., par. 3 e *infra*).

1282 Pizzi, *Le malattie mentali*, cit., p. 19. Della stessa opinione, più recentemente, Carbone, *Habeas corpus*, cit. Si veda però *infra*, la proposta di interpretazione costituzionalmente orientata di Fontana G.L.

2.1.5. Alcune riflessioni sul ruolo del g.t. e problemi pratici nello svolgimento delle sue funzioni.

Nella relazione alla l. 180, l'allora Presidente del Consiglio Andreotti spiegava la decisione di affidare la competenza sui TSO psichiatrici al giudice tutelare in questi termini: “la scelta del giudice tutelare non è senza significato: (...) 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 inabilitati e degli incapaci a valutare l'opportunità di adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e amministrare il patrimonio dell'infermo”¹²⁸³. Tutti i primi commentatori concordano nel ritenere effettivamente la scelta del legislatore volta a sancire la radicale svolta in materia di infermità mentali: il loro passaggio da problema di P.S. a questione sanitaria.

Il giudice tutelare è il giudice di norma competente a soprintendere a tutele, curatele e amministrazioni di sostegno (art. 344 c.c.); il soggetto affetto da infermità psichica invece non è necessariamente interdetto o inabilitato o soggetto ad amministrazione di sostegno, e non è necessariamente incapace¹²⁸⁴. Per la dichiarazione di incapacità è previsto un apposito e distinto procedimento. Con la l. 180 si può affermare che la categoria della 'giurisdizione volontaria' venga ad acquisire un nuovo settore, quello cioè relativo all'individuo-malato di mente,

1283 Relazione di Andreotti, Presidente Consiglio Ministri, in *La legislazione italiana: 1978*, IV, Giuffrè, Milano, 1978. Il passo citato è riportato in Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1267.

1284 Almeno così sembra. V. *infra* per maggiori approfondimenti.

non ancora interdetto o inabilitato, ancorché di maggiore età; e “questo soggetto trova d'altra parte, reciprocamente, in questo ambito giuridico la sua possibilità di tutela sostanziale e formale”¹²⁸⁵.

BRUSCUGLIA valuta positivamente l'attribuzione di competenza in materia al giudice tutelare, poiché in tal maniera si viene a porre ordine “in un settore in cui la competenza dell'autorità giudiziaria era suddivisa tra il Pretore, il Tribunale, il Presidente del Tribunale, il Procuratore della Repubblica”¹²⁸⁶. Commenta che la scelta “è caduta su di un giudice-operatore, particolarmente indicato a conoscere di questa ulteriore delicata esperienza umana”, poiché il suo ruolo gli dà la possibilità di instaurare una serie di collegamenti “coi vari centri e servizi di igiene mentale, coi centri medici ed assistenziali posti sul territorio” e per l'assistenza che gli organi della P.A. possono fornirgli¹²⁸⁷.

Ulteriore vantaggio è che il giudice tutelare “avrà la possibilità di seguire e decidere anche su alcuni possibili successivi sviluppi giuridici ricollegabili alla malattia”¹²⁸⁸, garantendo così globalità e continuità di osservazione”¹²⁸⁹.

Di particolare interesse sono però alcune riflessioni e testimonianze svolte in prima persona da giudici tutelari rispetto al ruolo da loro svolto in questo contesto, che svelano aspetti di notevole difficoltà pratica. Ciò che

1285 Pizzi, *Malattie mentali*, cit., pp. 21 s.

1286 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 197.

1287 Art. 344 c.c., secondo comma: “Il giudice tutelare può chiedere l'assistenza degli organi della pubblica amministrazione e di tutti gli enti i cui scopi corrispondono alle sue funzioni”.

1288 L'A. fa qui riferimento alla tutela ed alla curatela di interdetti e inabilitati.

1289 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 197.

emerge è, per lo più, la constatazione che l'intervento del giudice, nonostante fosse stato pensato come “principale momento di garanzia nel t.s.o.o.¹²⁹⁰ (...) a tutela della libertà individuale e dei diritti del cittadino”¹²⁹¹, sia “nella maggior parte dei casi solo burocratico, di mera ratifica di decisioni prese altrove”¹²⁹². Alcuni, pur ritenendo che “la maggiore garanzia delle libertà delle persone sofferenti di mente sia costituita dall'efficienza dei Servizi psichiatrici e dalla loro capacità di risposta ai bisogni”, pensano che in ogni caso il giudice tutelare possa intervenire sui TSO in maniera molto efficace. Che insomma la mancanza di effettività del suo sindacato sia semplicemente conseguenza della limitata volontà di impegnarsi in questo senso. Secondo questi autori, il giudice tutelare potrebbe costituire, invero, un “forte punto di resistenza rispetto alle torsioni dei t.s.o.o., (...) espressione di alcuni settori della psichiatria” e rimediare all'inerzia dei sindaci, soprattutto “ponendo un argine ad applicazioni troppo disinvolute o troppo burocratiche dei trattamenti” e condizionando i Servizi “affinché si organizzino e si strutturino in modo appropriato a rispondere alle condizioni previste dalla 180”¹²⁹³.

Altri autori invece ritengono che questi problemi siano dovuti alla natura stessa della valutazione richiesta al giudice. Recenti sono le riflessioni in questo senso di CARBONE, che incentra la sua analisi sulla tutela della

1290 Trattamenti Sanitari Obbligatoriosi in regime di degenza Ospedaliera.

1291 Così Basaglia, in *Problemi di legislazione psichiatrica nei Paesi occidentali: il caso italiano*, a cura di Basaglia, Accertatis, Giannichedda, Arezzo, 1979, citato in Grassi e Ruggiano, *Alcune considerazioni*, cit., p. 110.

1292 Grassi e Ruggiano, *Alcune considerazioni*, cit., p. 111.

1293 *Ibidem*.

libertà personale nei TSO psichiatrici ed il ruolo del giudice in questo contesto. L'A. evidenzia i problemi teorici legati alla funzione di mero controllo della decisione del giudice ed alla mancanza di efficacia diretta sul provvedimento sindacale; soprattutto però affronta il problema pratico della difficoltà del giudizio richiesto al g.t., dipendente dalla natura stessa della materia da giudicare, oltre che da vincoli procedurali. CARBONE ravvisa una 'crisi della giurisdizione' in questo settore, per carenza di effettività, lamentando in primo luogo che “le valutazioni sottese all'iniziativa sanitaria per il trattamento coattivo in degenza ospedaliera involgono *profili di discrezionalità tecnica*, sì marcati da ridurre, di fatto, la funzione di convalida del giudice tutelare alla dimensione puramente formale del controllo esteriore, della 'conta dei documenti'; senza possibilità alcuna di verifica nel merito dei presupposti dell'urgenza terapeutica, della sua correlazione alla diagnosi prospettata, dell'impraticabilità di percorsi extraospedalieri”¹²⁹⁴.

In secondo luogo l'A. frena l'ottimismo che aveva spinto i primi commentatori della l. 180 a sottolineare la possibilità per il g.t. di disporre perizie e di richiedere ulteriori informazioni: “che fosse una fiducia del tutto mal riposta lo dimostra la prassi, che – credo – non abbia mai visto un solo giudice tutelare disporre perizia ai fini di convalida, per l'ovvia considerazione che nel termine di quarantotto ore non c'è il tempo neppure per convocare un professionista cui conferire l'incarico” e che in ogni caso

1294 Carbone, *Habeas corpus*, cit., par. 4 (corsivo mio). In argomento si veda anche Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998, n. 6240, Romano c. Comune di Floridia, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3079, ed in *La nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, pp. 382, con nota di Venchiarutti A., su cui *supra* e *infra*.

“atteso che i presupposti del ricovero coattivo sono essenzialmente tecnico-sanitari (urgenza terapeutica ed impraticabilità di percorsi territoriali), ben poco utili potrebbero essere quelle [informazioni] raccolte tramite l'audizione dei familiari dell'interessato o attraverso indagini sommarie di polizia”¹²⁹⁵. Questi sono, secondo CARBONE, i principali motivi per cui la garanzia giurisdizionale dell'*habeas corpus* “resta svilita, si decolora in un vuoto esercizio di burocrazia”, anche se a ciò vanno aggiunti altri fattori: l'organizzazione del lavoro (l'intervento del g.t. risulta “episodico e frammentario... suddiviso per competenze territoriali, condizionato dalle scelte dei capi degli uffici, dagli spostamenti tabellari”¹²⁹⁶) ed il “silenzio e [la] passività della categoria, la quale, nella gran parte, intende la funzione di convalida dei trattamenti coattivi ospedalieri per malattia di mente in termini di vera 'residualità' rispetto ad altri incarichi ritenuti soverchianti”¹²⁹⁷.

L'A. avanza allora una proposta¹²⁹⁸, per tentare di

1295 Per un esempio di provvedimento di convalida di TSO in cui il g.t. ha tentato di valutare autonomamente la sussistenza del requisito delle “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”, attraverso l'assunzione di informazioni da persone presenti al momento dell'esecuzione del TSO (infermiere, agenti di polizia, familiari, amici), si v. il decreto del giudice tutelare di Cagliari, del 9 luglio 2005, non pubblicato, reperibile all'indirizzo www.forumsalutementale.it, nella sezione 'TSO'.

1296 Grassi e Ruggiano, *Alcune considerazioni*, cit., richiamati da Carbone.

1297 Carbone, *Habeas corpus*, cit., par. 1.

1298 Analoga a quella avanzata anni prima da Castronovo C., in *La legge 180, la Costituzione e il dopo* (contributo al Convegno “Un altro diritto per il malato di mente”, Trieste, 12-14 giugno 1986), in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 628 ss., ove l'A.

rendere più effettivo il giudizio del g.t.: servirebbe, a suo parere, l'integrazione dell'organo giudicante con specialisti (psichiatri o altre figure professionali)¹²⁹⁹: “soltanto la strutturale integrazione tecnica dell'organo giudiziario di convalida può assicurare alla funzione di controllo la capacità di penetrare nella specifica vicenda individuale, per valutarne ogni aspetto tecnico discrezionale e per esprimere quel quoziente di effettività che l'art. 13 Cost. esige”, perché “soltanto un organo giudiziario specializzato nella struttura e consapevole del contesto esistenziale dell'individuo che ha di fronte sembra in grado di affrancarsi da quell' 'automatismo della convalida' che ne avvilisce la funzione di garanzia; esso solo può concorrere alla formazione di indirizzi giurisprudenziali

afferitava che “la problematicità esibita dalla infermità di mente (...) non consente di essere ingabbiata nel rigore asettico di un giudizio condotto da un organo giudicante che inevitabilmente non ha gli strumenti più adatti per condurlo in proprio. Il giudice come perito dei periti è ormai una favola di difficile assimilazione in una realtà sociale che si mostra sempre più restia agli schemi puramente formali del diritto”. La presenza di specialisti negli organi giurisdizionali sarebbe per Castronovo auspicabile per “la connessione tra questi e una realtà non più leggibile in termini di linguaggio comune ma oggetto di linguaggi specialistici”.

1299 Secondo “lo schema della 'consulenza interna', mediante formulazione da parte del componente psichiatra di un parere obbligatorio non vincolante al giudice tutelare, cui resterebbe il monopolio del potere decisorio”, oppure secondo “un modello diarchico”, per l'A. preferibile “in quanto l'attribuzione allo psichiatra del diritto di voto meglio assicurerebbe l'acquisizione da parte del tecnico non giurista di un abito mentale 'giudiziario', mentre l'essenziale funzione di garanzia dell'organo resterebbe presidiata dalla prevalenza della volontà del togato in caso di voto non unanime”.

pertinenti, la cui assenza in materia è, ad un tempo, causa ed effetto di un'autentica 'crisi della giurisdizione'¹³⁰⁰.

2.1.6. *La durata del trattamento.*

Il trattamento obbligatorio può essere disposto per sette giorni; se a giudizio dei medici deve protrarsi oltre il settimo giorno, il sanitario responsabile del servizio psichiatrico dell'unità sanitaria locale¹³⁰¹ è tenuto a formulare 'in tempo utile' una proposta motivata al sindaco, che lo comunica al giudice tutelare¹³⁰², indicando la ulteriore durata presumibile del trattamento.

In primo luogo notiamo che la prosecuzione del trattamento può essere chiesta, dopo il primo 'passaggio' che ha durata massima di sette giorni, senza limiti (espressi) di tempo. Stando alla lettera della legge, non sembra debba necessariamente essere rinnovato di

1300 Carbone, *Habeas corpus*, cit., paragrafi 4 e 5.

1301 Notiamo che è qui richiesta una qualificazione maggiore rispetto a quella richiesta per la proposta e la convalida del TSO.

1302 Nonostante il testo del quarto comma faccia riferimento solo alla necessità che il sindaco comunichi la proposta di proroga formulata dal medico, sembra che il sindaco debba anche emettere un provvedimento che dispone la proroga o meno. Questo sulla base del richiamo fatto a "modalità ed adempimenti" del primo comma dell'art. 35, oltre che della ragionevolezza: il contrario sarebbe "in primo luogo antieconomico (la proposta potrebbe essere trasmessa al giudice tutelare direttamente al sanitario responsabile), in secondo luogo contrario alla chiara intenzione del legislatore, che è quella di affidare all'autorità giudiziaria un'attività di controllo in ordine ai trattamenti sanitari obbligatori". Così Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1269.

settimana in settimana: potrebbe, in teoria, essere chiesto il rinnovo per un anno. Cosa che, fortunatamente, non succede: probabilmente i medici non lo ritengono opportuno, e quand'anche fosse, il giudice tutelare probabilmente annullerebbe il provvedimento. Vi sono però anche altri motivi, di natura economica, che hanno un peso rilevante nel determinare la durata – non particolarmente lunga – dei TSO ospedalieri: da quanto abbiamo capito, parlando con psichiatri del servizio pubblico, esiste un sistema per cui l'SPDC (che, come vedremo, è il reparto interno all'ospedale generale dove possono essere effettuati i TSO ospedalieri) riceve un finanziamento per ogni ricoverato che ammonta ad una certa cifra per le prime due o tre settimane di ricovero (durata che varia a seconda del tipo di patologia per la quale viene effettuato il ricovero), per poi diminuire sensibilmente superato quel limite. Vista la situazione economica non certo florida dei servizi psichiatrici pubblici, che da tempo lamentano carenza di fondi che gli consentano di portare avanti il loro lavoro in maniera adeguata, questo è sicuramente un elemento che influisce in modo determinante sulla durata dei ricoveri obbligatori.

Questa infatti sembra aggirarsi in media tra una e due settimane¹³⁰³. E' quindi piuttosto frequente la richiesta di

1303 Cfr. Terzian – Tognoni, *Indagine sui Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura*, in *Atti Seminario SPDC*, Istituto Mario Negri (maggio 2001), in *Riv. sper. freniatria*, CXXVII, suppl. n. 2, 2003, p. 9, cit. in Brocchi F., *La limitazione della libertà personale nelle comunità terapeutiche per malati di mente, tossicodipendenti e anziani*, tesi di laurea, Università degli Studi di Milano, 2007, pp. 40 ss. Cfr. anche, per quanto riguarda i ricoveri in SPDC in generale, De Girolamo G., Picardi A., Santone G., *La ricerca sui servizi di salute mentale in Italia. Una overview dei progetti di ricerca PROGRES*, in *Tendenze*

proroga.

Per quanto riguarda la procedura di proroga, l'unico elemento su cui c'è contrasto tra gli autori che si sono occupati della questione è il 'tempo utile' entro cui il medico deve fare la proposta. Se si ritiene (come sembra corretto, visto che la legge chiede il rispetto, per la proroga, di tutti gli adempimenti previsti dall'art. 35, primo comma) che il sindaco abbia 48 ore per disporre la proroga, ed il giudice tutelare ne abbia altrettante per convalidare o meno, questo potrebbe significare che la proposta medica, per essere effettuata 'in tempo utile', dovrà formularsi entro il terzo giorno di ricovero¹³⁰⁴, per fare in modo che entro il settimo vi sia il provvedimento che dispone il prolungamento, oppure cessi il ricovero. Per alcuni invece il 'tempo utile' non è così vincolante: basta che sia lasciato a sindaco e giudice un 'tempo congruo' per decidere, mantenendo comunque fermo che allo scadere del settimo giorno, se non vi è convalida del prolungamento, il ricovero non può legittimamente proseguire¹³⁰⁵.

nuove, 6, novembre-dicembre 2008, e la testimonianza di R. Bracco, responsabile del sistema informativo DSM Trieste nello *Speciale sanità del Sole 24 Ore*, 11-17 ottobre 2005, p. 21.

1304 Così Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 19.

1305 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1270. Mi sembra invece che nessuno, tra gli autori che ho consultato, sostenga l'ipotesi per cui per il proseguimento oltre il settimo giorno basta il provvedimento del sindaco, e le 48 ore entro le quali deve decidere il giudice possono decorrere dallo scadere del settimo giorno (in analogia con la procedura con cui è disposto il ricovero, che può effettuarsi quando ancora il giudice non si è pronunciato).

2.1.7. L'omissione di atti di ufficio.

L'omissione delle comunicazioni di cui al primo, quarto e quinto comma dell'art. 35, oltre a determinare la cessazione di ogni effetto del provvedimento¹³⁰⁶, configura in ogni caso il reato di omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.), salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave (art. 35 co. 7).

Le comunicazioni richiamate ai commi primo, quarto e quinto sono:

1. la notifica del provvedimento sindacale che dispone il TSO, da effettuarsi entro 48 ore dal ricovero al giudice tutelare¹³⁰⁷;
2. la notifica della proposta di proroga del ricovero, da effettuarsi a cura del sindaco al giudice tutelare (per i termini entro i quali deve effettuarsi, v. *supra*);
3. le informazioni che il sanitario responsabile del servizio psichiatrico dell'unità sanitaria locale deve comunicare al sindaco, e cioè
 1. la cessazione delle condizioni che richiedono l'obbligo del trattamento sanitario;
 2. l'eventuale sopravvenuta impossibilità di proseguire il trattamento;

1306 Ove possibile.

1307 Una sentenza che affronta l'argomento, è Pretura Ciriè, 1° marzo 1979, Merlo, in *Foro it.*1979, II, 259: “Va assolto per difetto dell'elemento psicologico del reato dall'accusa di omissione di atti d'ufficio il sindaco che, pur avendola disposta, non si assicuri della corretta e tempestiva notificazione al giudice tutelare dell'ordinanza di ricovero ospedaliero di un paziente per trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale quando risulti che il sindaco non aveva consapevolezza del dovere di vigilanza incombente su di lui”(così la massima).

4. la notifica delle informazioni di cui al punto 3 dal sindaco al giudice tutelare.

Queste comunicazioni sono però di natura diversa l'una dall'altra: la valutazione dell'omissione sarà di facile accertamento nei casi 1, 2 e 4, poiché in essi la doverosità della comunicazione non è opinabile: sorge al mero verificarsi di un fatto materiale; al contrario, le comunicazioni di cui al punto 3 diventano doverose sulla base di un “giudizio di ordine tecnico-sanitario non facile a formularsi”¹³⁰⁸.

Di conseguenza, nei casi 1, 2, e 4 la “cessazione di ogni effetto del provvedimento” è automatica: ove si superi il limite temporale entro cui va effettuata la comunicazione, i sanitari devono dimettere la persona. Nel caso 3, invece, proprio perché l'omissione non è facilmente accertabile, sarà difficile che la cessazione degli effetti del provvedimento abbia efficacia immediata: dovrà infatti, per lo più, essere accertata in seguito, dal giudice penale¹³⁰⁹.

Ulteriore questione riguarda l'omissione delle comunicazioni che non sono richiamate da questo settimo comma, ed in particolare la comunicazione di cui al terzo co. dell'art. 35 (comunicazione del provvedimento al sindaco del Comune di residenza dell'infermo ed al relativo giudice). Deve, credo, ritenersi che pur non essendo espressamente configurata dalla legge come 'omissione di atti di ufficio', possa comunque integrare tale reato, ovviamente previa verifica della sussistenza di tutti gli estremi previsti dall'art. 328 c.p. (328, primo comma,

1308 Cfr. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1274.

1309 *Ibidem*.

c.p.: “Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni”).

Infine, l'inciso “salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave” ricorda che conseguenza delle omissioni di cui si tratta possono essere altri delitti, come quelli contro la pubblica amministrazione e contro la persona¹³¹⁰.

2.1.8. Il termine del ricovero. Le dimissioni.

E' di fondamentale importanza che sia chiaro in quale momento deve terminare il ricovero obbligatorio, e a decisione di chi. Ovviamente allo scadere del settimo giorno (o del giorno previsto nel provvedimento che ha disposto il TSO, che deve essere inferiore al settimo se non si tratta di proroga) la persona dev'essere dimessa.

Però ove i presupposti sulla base dei quali era stato disposto il TSO venissero meno prima del termine previsto, la persona deve essere dimessa senza indugio (anche se ovviamente la degenza potrà continuare su base volontaria). E' questo il caso previsto dalla prima parte dell'art. 35, co. 4: “Il sanitario (...) è tenuto a comunicare al sindaco, sia in caso di dimissione del ricoverato che in continuità di degenza, la cessazione delle condizioni che richiedono l'obbligo del trattamento sanitario”. Tale comunicazione sembra quindi da effettuarsi anche in caso di dimissione avvenuta regolarmente, allo scadere del

1310 Cfr. Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 21.

termine previsto¹³¹¹.

Secondo alcuni autori, tuttavia, vi è differenza a seconda che i presupposti vengano meno allo scadere del termine originariamente stabilito, oppure prima. FONTANA G. L., in particolare, ritiene che, nel caso in cui i medici, *allo scadere del termine previsto*, ritengano non più sussistenti i presupposti del TSO e decidano quindi di non chiedere alcuna proroga, il giudice tutelare non abbia alcun potere per imporre un prolungamento dello stesso (e ciò confermerebbe “la funzione principalmente di controllo svolta dal giudice tutelare, il quale deve evitare abusi per quanto concerne la libertà personale dell'infermo, ma non è considerato (...) idoneo a mantenere quest'ultimo in stato di degenza, una volta trascorso il previsto periodo di trattamento”¹³¹²)¹³¹³.

L'A. sostiene però¹³¹⁴ che, nel caso in cui i medici considerino venuti meno i presupposti del TSO *prima dello scadere del termine previsto*, essi non potrebbero semplicemente comunicarlo e dimettere la persona:

1311 Anche allo scopo di consentire la modifica o la revoca dei provvedimenti urgenti eventualmente presi per conservare il patrimonio dell'infermo. Cfr. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1271.

1312 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1271.

1313 Bisogna ricordare che la disciplina precedente (art. 3 l. 36/1904) disponeva che il presidente del tribunale avesse il potere/dovere di autorizzare la dimissione definitiva della persona dal manicomio. Questa decisione non era lasciata al direttore del manicomio: il parere favorevole di quest'ultimo non era sufficiente. Il fatto che non sia più così, quindi, “costituisce una novità fondamentale”. Così Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1271.

1314 Argomentando sulla base di un'analogia con quanto previsto per il caso di proroga.

dovrebbero invece richiedere la revoca del provvedimento al giudice; ed il giudice potrebbe, di conseguenza, decidere di *non convalidarla*, disponendo che l'infermo rimanga ricoverato finché permane l'efficacia del provvedimento originario. Per questo motivo FONTANA commenta che “il legislatore non ha seguito fino in fondo la via di affidare all'autorità giudiziaria il solo compito di controllo sull'assoggettamento al trattamento”: gli rimane, seguendo la sua tesi, il potere di non convalidare la revoca del TSO.

Anche PIZZI sembra sostenere una tesi simile; poiché però l'autrice sfiora soltanto l'argomento, non è dato capire con chiarezza quale sia la sua idea in merito¹³¹⁵.

BRUSCUGLIA, invece, sembra dare per scontato che al giudice *non* sia chiesto di convalidare la decisione di dimissione, ma che egli debba semplicemente riceverne la comunicazione. Così infatti si esprime l'A.: “Il sindaco entro 48 ore dal ricevimento della comunicazione [delle dimissioni del ricoverato], ne dà notizia al giudice tutelare. Lo stesso *iter* deve essere percorso tutte le volte che durante lo stato di degenza ospedaliera vengano a cessare le condizioni determinanti l'obbligo del trattamento sanitario obbligatorio. E ciò per il principio fondamentale in materia sanitaria che ove non esistano gli estremi dell'obbligatorietà del trattamento deve riemergere la regola della volontarietà degli interventi sanitari”¹³¹⁶.

Devo dire che quest'ultima mi sembra la tesi preferibile: anche perché la norma (art. 35 co.5) non parla di 'convalida', ma solo di 'comunicazione' al sindaco e di 'notifica'¹³¹⁷ al giudice tutelare. E non richiama – la differenza mi sembra molto significativa – il primo comma

1315 Cfr. Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 20.

1316 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 194.

1317 Più precisamente l'espressione usata è 'dare notizia'.

dell'art. 35 (che prevede l'emanazione del provvedimento del sindaco e la convalida dello stesso da parte del giudice), come invece avviene espressamente per il caso della richiesta di prolungamento del ricovero (co. 4)¹³¹⁸.

Ulteriore evento che deve essere comunicato al sindaco e, tramite questi, al giudice, è “la eventuale sopravvenuta impossibilità a proseguire il trattamento stesso”. L'espressione si presta a più d'una interpretazione. Può consistere nel “sopraggiunto convincimento clinico dell'impossibilità di proseguire con risultati positivi il trattamento sanitario” (così BRUSCUGLIA), comprendendo in ciò “tutte quelle forme di infermità psichica per le quali anche il trattamento in condizioni di degenza ospedaliera non può più apportare apprezzabili miglioramenti”, per il “proposito preciso di evitare che i servizi psichiatrici diventino, come l'esperienza psichiatrica in determinati reparti manicomiali aveva largamente dimostrato, luoghi di ricovero per lungodegenti, invece che strumenti di cura, eccezionalmente intensiva”. Intesa in questo senso, l'accertamento di tale impossibilità dovrebbe sicuramente comportare la dimissione. Per questo motivo, secondo l'A., sarebbe in questa norma rintracciabile anche “una spinta verso la creazione di alloggi-famiglia, di centri-comunità di assistenza e riabilitazione, adeguatamente attrezzati e radicati nel tessuto sociale dei dimessi”¹³¹⁹.

Per PIZZI e FONTANA G.L., invece, l'impossibilità deve ricondursi “a motivi di ordine tecnico od organizzativo”, tra cui potrebbe rientrare da un lato la fuga dell'infermo dall'ospedale¹³²⁰ e dall'altro la mancanza

1318 Cosa che mi sembra rendere infondato il tentativo di analogia tra i due commi, quarto e quinto.

1319 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 195.

1320 Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 20.

nell'ospedale di strutture idonee a curarlo. In quest'ultimo caso, il sindaco dovrebbe disporre che il TSO prosegua in altro ospedale idoneo, ed il giudice dovrebbe controllare l'effettiva impossibilità di curare l'infermo in quell'ospedale (può infatti non essere indifferente per il ricoverato la scelta di un ospedale o di un altro)¹³²¹.

2.2. I dubbi di legittimità costituzionale della procedura.

Come abbiamo accennato durante la descrizione delle fasi della procedura, vi sono molti punti sospetti di illegittimità costituzionale. Vediamo quali sono i principali, valutando, in alcuni casi, anche le indicazioni date dalla normativa internazionale.

2.2.1. Il momento iniziale del ricovero.

Abbiamo visto che la legge prevede che il ricovero sia disposto con provvedimento del sindaco (art. 33 co. 3, 34 co. 4), e che possa avere inizio a partire dall'emanazione di questo. L'art. 35, primo comma, prevede infatti che il provvedimento sindacale debba essere notificato al giudice *entro 48 ore dal ricovero* (art. 35 co. 1): è evidente che quando la notifica del provvedimento giunge al giudice, il ricovero è già avuto inizio.

Ovviamente la norma costituzionale qui chiamata in causa è quella per cui “non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria” (art. 13 co. 2). Lo

1321 Così Brusciuglia, *Commentario*, cit., p. 195.

stesso art. 13 prevede, al comma successivo, che si possa derogare a questa norma “in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge”, in cui “l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”. Si tratta di capire quindi se la disciplina sopra delineata possa o meno essere compresa tra le 'deroghe legittime' dell'art. 13, terzo comma.

Ovviamente la questione va letta alla luce del dibattito di cui abbiamo parlato nel capitolo iniziale, in merito ai rapporti tra art. 13 e art. 32 Cost., cui rimandiamo. Al termine dell'analisi del pensiero di vari costituzionalisti, nonché della Corte Costituzionale, ci è sembrato di poter concludere che la tesi preferibile sia quella più garantista, che vede l'applicazione della disciplina *ex art. 13* necessaria per *ogni* caso di limitazione di libertà attuata tramite coazione, indipendentemente dal motivo addotto a giustificare tale misura. Vediamo qualche osservazione in proposito di alcuni commentatori delle leggi 180 e 833 del 1978.

VISINTINI, in un primo momento, sembra accogliere la tesi per cui devono applicarsi ai TSO sia l'art. 13 che il 32 Cost.: commenta che in effetti “è bene che la tutela dei diritti fondamentali di libertà rimanga nelle mani del giudice”¹³²², e che anzi sarebbe auspicabile un controllo più penetrante da parte di quest'ultimo, “esteso al periodo di ricovero e finalizzato ad impedire eccessi nelle pratiche terapeutiche in uso, come elettroshock e psicofarmaci, a

1322 Perché “[tale] è l'orientamento prevalente presso la dottrina costituzionalista”. Visintini, *La riforma*, cit., p. 455.

scongiurare il ricorso a quelle dannose e inutili (ad es. shock insulinico e psicotomia) e a provocare il consenso del malato al trattamento”; però si mostra aperta anche ad altre soluzioni, osservando che “non vi è dubbio peraltro che l'intero procedimento è circondato da garanzie stragiudiziali di tipo socio-sanitario effettivamente ispirate al rispetto della persona e a salvaguardare la sua piena capacità d'agire nella tutela dei suoi interessi”. Rimane poco chiaro quali siano le 'garanzie stragiudiziali' cui fa riferimento l'autrice; ma soprattutto lascia perplessi, più che altro perché non è del tutto chiaro il significato, la sua conclusione per cui “sia che si opti per un inquadramento esclusivo nell'ambito dell'art. 32 Cost., sia che si rinunci a valutare tale legislazione a livello di supporti costituzionali (le leggi, infatti, per essere valide non devono necessariamente rapportarsi ad un dato costituzionale), il problema del controllo del giudice sembra destinato a perdere parte della sua importanza”¹³²³.

VECCHIETTI prende invece una posizione netta. Secondo questa autrice la previsione degli artt. 34 e 35 della l. 833, pur essendo conforme all'art. 13 per quanto riguarda la riserva di *legge*, non rispetta la riserva di *giurisdizione*, “poiché l'atto è emanato da un'autorità amministrativa e non da quella giudiziaria”, come invece richiederebbe la Costituzione. Il fatto che vi sia un controllo successivo operato dal giudice tutelare non basta, per l'A., a sanare l'illegittimità della norma¹³²⁴.

Più critico ancora si mostra PANUNZIO. Egli in primo luogo critica la “assoluta indistinzione che (...) sussiste fra i trattamenti sanitari soltanto obbligatori e quelli anche coercitivi”, tra cui rientrano sicuramente i TSO in

1323 *Ibidem*.

1324 Vecchietti, *Evoluzione della legislazione*, cit., p. 124.

condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale: la legge li etichetta tutti come 'obbligatori', mentre, come abbiamo visto, c'è una notevole differenza tra il concetto di *obbligatorio* e quello di *coattivo*. L'A. ritiene che, al di là delle formule, “traspare chiaramente l'intento del legislatore di 'amministrativizzare' (...) le procedure per i trattamenti sanitari obbligatori, anche quando si tratti di procedure coercitive”¹³²⁵. I trattamenti in regime di degenza ospedaliera, di cui ci stiamo occupando ora, sono del resto gli unici a prevedere un intervento dell'autorità sanitaria, sia pure successivo; per questo l'A. si concentra invece sui più gravi problemi di costituzionalità dati dai TSO extraospedalieri. Per quanto riguarda i ricoveri obbligatori, comunque PANUNZIO commenta che, poiché la competenza primaria è quella dell'autorità amministrativa sanitaria, se si volesse leggere tale disciplina in conformità con l'art. 13 Cost. “si dovrebbe dire che la legge si è limitata a regolare *soltanto* gli interventi da adottarsi provvisoriamente nei 'casi eccezionali di necessità ed urgenza', e non gli altri”¹³²⁶.

In un periodo di alcuni anni successivo agli scritti appena citati, anche CASTRONOVO ha argomentato per la incostituzionalità della disciplina in questione, e lo ha fatto in maniera, mi sembra, particolarmente incisiva perché ha affrontato il nodo del problema, dagli altri solo sfiorato. Egli si pone infatti specificamente la domanda se la competenza del sindaco a disporre il TSO possa fondarsi sulla deroga prevista dall'art. 13, terzo comma. La sua risposta è negativa per una serie di ragioni. In primo luogo,

1325 Significativo in questo senso è anche che la tutela giurisdizionale sia affidata ad un procedimento di volontaria giurisdizione per Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 891 s.

1326 *Ibidem*.

tale competenza è espressamente attribuita dall'art. 33 al sindaco in quanto 'autorità sanitaria'. E questa figura non coincide con quella di 'autorità di pubblica sicurezza' cui l'art. 13 dà la facoltà di prendere provvisori provvedimenti limitativi della libertà personale¹³²⁷.

L'A. non si sofferma però su questo punto (forse perché si tratta di ostacolo meramente formale, in quanto il sindaco può, in alcune occasioni, rivestire anche il ruolo di autorità di pubblica sicurezza¹³²⁸); sottolinea invece che “ove pur si intendesse leggere *autorità di pubblica sicurezza* come equivalente di *autorità amministrativa*, ugualmente un simile sforzo di interpretazione in chiave di analogia, se mai possibile, non consentirebbe di recuperare l'art. 35 della legge alla legittimità costituzionale”. Ravvisa infatti un'illegittimità ancora più grave, in relazione all'emissione del provvedimento ed al meccanismo di convalida. CASTRONOVO osserva che i termini della la previsione per cui il provvedimento del sindaco deve essere notificato al giudice entro 48 ore, e questi deve decidere se convalidarlo o meno entro ulteriori 48 ore, “sembrano richiamare volutamente il modello adottato

1327 Come nota anche Pretura Ciriè, 1° marzo 1979, cit., a p. 263, che adombra una possibile incostituzionalità della disciplina per violazione dell'art. 13 Cost.

1328 Ma solo nei comuni ove non esiste un ufficio di P.S. Cfr. art. 1 r.d. 635 del 1940: “L'autorità di pubblica sicurezza è provinciale e locale. Sono autorità provinciali il Prefetto ed il Questore. È autorità locale, in ciascun comune, il funzionario preposto all'ufficio di pubblica sicurezza. Nei comuni dove non esiste un ufficio di pubblica sicurezza, è autorità locale il Podestà [ora il Sindaco] o chi ne fa le veci” e art.1 r.d. 773/1931: “Le attribuzioni dell'autorità provinciale di pubblica sicurezza sono esercitate dal Prefetto e dal Questore; quelle dell'autorità locale dal capo dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo o, in mancanza, dal Podestà [ora Sindaco]”.

dall'art. 13, 3° co. Cost.”¹³²⁹. L'A. sottolinea che vi è però una differenza notevole: il sindaco non provvede qui *in via provvisoria e in casi eccezionali di necessità ed urgenza*. L'art. 35 “commette ad esso il potere di ordinare il trattamento sanitario *in ogni caso*, non invece in funzione provvisoriamente sostitutiva dell'autorità giudiziaria. (...) La tentata mimesi (...) rivela in termini più netti il contrasto con la chiara linea dei limiti segnata sulla carta fondamentale”¹³³⁰.

2.2.2. *L'efficacia dell'eventuale mancata convalida del giudice.*

A queste osservazioni bisogna aggiungere quanto accennato al paragrafo 2.1.3: il contrasto tra la previsione costituzionale per cui se l'autorità giudiziaria non li convalida nei termini previsti, i provvedimenti provvisori “si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”, e la previsione della l. 833 per cui invece, se il giudice non convalida, il sindaco deve emettere un nuovo provvedimento. Rimandiamo a quanto detto *supra*, limitandoci qui a richiamare questo commento del giudice tutelare CARBONE: “la previsione di rango superiore [l'art. 13 Cost.] non contempla filtri e sancisce un effetto estintivo *ipso iure*. La necessità di un provvedimento del sindaco che ordini di dimettere la persona illegittimamente ristretta – illegittimamente ristretta per ordine *contra legem* di quella medesima autorità amministrativa – segna, in stridente contrasto con la disposizione costituzionale, *il permanere di effetti coercitivi anche dopo e nonostante il*

1329 Castronovo C., in *La legge 180*, cit., pp. 626 ss.

1330 *Ibidem* (corsivo mio).

diniego di convalida giudiziaria: al di fuori, quindi, di ogni copertura giurisdizionale, e, anzi, malgrado tale copertura sia stata espressamente riacquisita¹³³¹.

2.2.3. *Possibili interpretazioni costituzionalmente orientate?*

Nel complesso, sembra esserci quindi qualche problema legato alla disciplina della disposizione dei TSO ed all'efficacia della pronuncia del giudice. Cerchiamo di vedere se almeno alcuni di questi dubbi di incostituzionalità non possano essere in qualche modo superati. Il problema della competenza amministrativa anziché giurisdizionale potrebbe sembrare ad esempio superabile perché non si allontana eccessivamente dal dettato dell'art. 13 co. 3 Cost. (si potrebbe infatti ritenere che i casi in cui viene disposto il TSO siano di per sé sempre configurabili come “casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge”¹³³²). Questo

1331 Carbone, *Habeas corpus*, cit., par. 3 (ultimo corsivo mio). Analogamente Piccione D., *La crisi della giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 4, 2002, pp. 3157 ss., spec. par. 4 e nota 52.

1332 Nettamente contraria a questa interpretazione è Montanaro C., *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari 'non obbligatori')*, in *Giur. cost.*, 1983, pp. 1155-1177. Castronovo invece ritiene che sarebbe necessario che il potere del sindaco fosse limitato alle ipotesi di necessità ed urgenza, e che all'autorità giudiziaria andrebbe attribuito il potere di disporre il ricovero in via ordinaria, “prevedendo altresì che il malato fosse sentito dal giudice prima dell'emanazione dell'eventuale provvedimento”, ma a suo parere dovrebbe essere

comporterebbe, ovviamente, una lettura molto restrittiva dei casi in cui può essere legittimamente disposto).

Inoltre, abbiamo visto che un problema è creato dal fatto che il ricovero può iniziare prima della decisione del giudice, e, con il ricovero, può iniziare tutto ciò che comporta (limitazioni alla libertà di movimento, trattamento farmacologico ecc.). Sicuramente già la mera limitazione di libertà conseguente al ricovero coatto è limitazione grave della libertà personale, e rientra a pieno titolo nell'area protetta dall'art. 13; in un certo senso però il trattamento farmacologico (e così la contenzione fisica) possono configurare una violazione anche maggiore della libertà personale, per la loro invasività e gli effetti che comportano¹³³³. Si potrebbe tentare quindi di ridurre l'ampiezza della violazione di libertà che precede l'intervento giurisdizionale cercando di adattare alla normativa italiana la particolare disciplina prevista dal Libro bianco del Consiglio d'Europa e dalla sua Raccomandazione 10 (2004). Essa infatti distingue tra

per ciò modificata la disciplina normativa, in *La legge 180*, cit., p. 627.

1333 Cfr. par. 3.4.3. In dottrina vi è chi ammette, in casi estremi, la necessità di una limitazione di libertà di alcuni soggetti, per proteggere loro stessi e i terzi, ma rifiuta la legittimità della somministrazione coatta di farmaci, ritenendola inaccettabile: “Non sto dicendo che poteri che consentono la detenzione non dovrebbero esistere. Ogni tanto, anche se di rado, alcune persone hanno bisogno di essere protette da loro stessi, come altre persone hanno bisogno di protezione; ciononostante non esiste una giustificazione morale per costringere le persone a prendere farmaci contro la loro volontà, mascherando l'atto sotto la parola 'trattamento'. Interventi medici invasivi, come la somministrazione di farmaci, devono essere decisi consensualmente”. Così Thomas P. F., *Psichiatria, diritti umani e modello medico*, in *Riv. sper. freniatria*, 2007, n. 3, pp. 52 ss.

involuntary placement ed *involuntary treatment*¹³³⁴ (che potrebbero tradursi come 'mero ricovero' obbligatorio e 'trattamento sanitario' obbligatorio in senso stretto), e prevede maggiori garanzie per il secondo.

Ad esempio si potrebbe affermare che prima dell'intervento del giudice ci si debba limitare al 'mero ricovero', dando avvio al vero e proprio trattamento sanitario (e quindi al trattamento farmacologico) solo in seguito alla convalida. Ma quest'interpretazione non sembra in realtà possibile: ci troviamo dinanzi ad una mancanza di appigli normativi. Semplicemente la legge non fa cenno ad alcuna distinzione tra ricovero e trattamento¹³³⁵, né a differenze tra la situazione precedente l'intervento del giudice e quella successiva; e non credo

1334 Rec. 10 (2004), art. 3: “‘treatment’ means an intervention (physical or psychological) on a person with mental disorder that, taking into account the person's social dimension, has a therapeutic purpose in relation to that mental disorder. Treatment may include measures to improve the social dimension of a person's life”. La differenza principale nella disciplina della loro imposizione è che l'*involuntary placement* può essere disposto anche se non vi è la certezza della presenza di un *mental disorder* grave, mentre questa è necessaria per disporre un *involuntary treatment*. Il *placement* può dunque essere disposto anche solo per accertamenti, ed in questo senso può in un certo modo avvicinarsi ai 'nostri' ASO.

1335 Mentre la distinzione delineata dalla Rec. 10 (2004) potrebbe avere qualche, seppur debole, analogia con quella che risulta essere – in alcuni casi – la prassi, che addirittura attua una sorta di ricovero prima ancora che il sindaco si sia espresso: talvolta il 'paziente' psichiatrico che rifiuta le cure, in attesa della pronuncia del sindaco, viene 'accompagnato' in pronto soccorso, attuando quello che è talvolta chiamato un 'fermo di psichiatria'. Posticipando, in questo caso, il vero e proprio trattamento al 'mero ricovero', che viene così ad assumere una valenza cautelare.

queste distinzioni si possano ricavare interpretativamente (salvo forse tentando una interpretazione costituzionalmente orientata che si distacchi notevolmente dall'opinione comune).

Per quanto riguarda il problema della mancanza di efficacia diretta del provvedimento del giudice su quello del sindaco in caso di mancata convalida, si può condividere l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma proposta da FONTANA G.L. Egli, al fine di ridurre la 'rottura' con l'art. 13 Cost., propone di interpretare la norma nel senso che il decreto del giudice ha una effettiva forza giuridica diretta sul provvedimento del sindaco. Questo sarebbe dunque, in caso di mancata convalida, da ritenersi *ex tunc* privo di ogni effetto. Il successivo provvedimento dovrebbe essere considerato non una revoca del precedente (che infatti non sarebbe più in vigore perché privato automaticamente di forza dalla mancata convalida del giudice) ma semplicemente la rimozione di una situazione di fatto ormai priva di titolo¹³³⁶.

Non si può dire insomma che vi sia un'incompatibilità assoluta della normativa, per quanto visto finora, con il dettato costituzionale; non sembra però certo esserci una salda corrispondenza tra art. 35 e Costituzione; senza considerare che vi sono ulteriori dubbi di costituzionalità, che andiamo ora ad esporre.

1336 Così Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1269.

2.2.4. *La compatibilità del sindacato del giudice con il dettato costituzionale.*

Vi è chi annovera, tra i problemi di costituzionalità della disciplina sui TSO, le questioni legate alla stessa possibilità, per il giudice, di entrare davvero nel merito della situazione da valutare.

Si tratta delle difficoltà che abbiamo visto enunciate chiaramente dal g.t. CARBONE. Per PICCIONE, queste difficoltà inficiano gravemente lo stesso diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale. Il fatto che “le condizioni che giustificano il ricorso al trattamento coercitivo esulano dal potere conoscitivo del giudice tutelare chiamato a convalidarlo” comporta, secondo l'A., nei fatti un depotenziamento della “forza garantista” del controllo giurisdizionale previsto all'art. 13 Cost. comma 3¹³³⁷. Più precisamente, per PICCIONE l'efficacia della garanzia si affievolisce per tre ragioni: in primo luogo perché “il presupposto e la valutazione della sua sussistenza sconfinano nella discrezionalità tecnica”; secondariamente perché il giudizio che si svolge su un provvedimento già efficace “è ben diverso dal giudizio sul fatto con conseguente irrogazione della misura (con il che si avverte l'interdipendenza tra l'abuso dello schema dell'art. 13 comma 3 Cost. e la perdita di efficacia dello stesso controllo ex post)”; infine “per il mancato rispetto del principio di tassatività scaturente dalla riserva assoluta di legge che si riverbera inevitabilmente sulla pienezza del sindacato giurisdizionale”¹³³⁸.

A ciò sono da aggiungere i dubbi di costituzionalità derivanti dalla mancata previsione dell'obbligo per il

1337 Piccione D., *La crisi della giurisdizione*, cit., par. 5.

1338 *Ibidem*.

giudice tutelare di sentire l'infermo¹³³⁹.

2.2.5. *Il diritto di difesa ex art. 24 e 111 Cost.*

L'art. 24 Cost., secondo comma, riconosce il diritto di difesa come “inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”; l'art. 111 Cost., secondo comma, prevede che “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale”.

Il diritto alla difesa è problema centrale per quanto riguarda la tutela prevista nel caso in cui la persona sottoposta a TSO voglia ricorrere contro la decisione del giudice tutelare.

Ma già in seno alla procedura 'amministrativa' vi è un momento in cui il g.t. prende la decisione – determinante per la libertà personale di chi è sottoposto a TSO – di convalidare o meno il provvedimento sindacale. La legge non prevede che egli debba prendere direttamente 'visione' della situazione, visitando o prendendo comunque contatto con l'infermo. Secondo VENCHIARUTTI, la prescrizione del contraddittorio, o “quantomeno dell'esame dell'infermo da parte del giudice” potrebbe in parte porre rimedio alla “sostanziale automaticità che connota gli interventi del sindaco e del giudice tutelare che sono volti a ratificare le scelte dei medici”¹³⁴⁰, e potrebbe essere ricavata, a suo parere, anche per via interpretativa. Vero è che il giudice

1339 V. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1267.

1340 Venchiarutti A., *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione*, (nota a Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998, n. 6240), in *La nuova giur. civ. comm.*, I, 1999, pp. 382 ss.

ha certamente la astratta *possibilità* di farlo, di sua iniziativa, nell'ambito dell'assunzione di informazioni ed eventuali ulteriori accertamenti (art. 35 co. 2); se però si tiene a mente la riflessione di CARBONE¹³⁴¹ sull'utopismo insito nel credere davvero che il g.t. abbia la possibilità e la volontà di avvalersi di questi strumenti, deve probabilmente escludersi che ciò di norma avvenga.

Vi è quindi un problema di diritto di difesa, poiché non è necessario sentire il soggetto, né direttamente né tramite qualche forma di difesa tecnica o rappresentanza. Il fatto che ve ne sia la *facoltà* non tranquillizza, poiché, come appena ricordato, se non v'è l'*obbligo* del rispetto di una certa formalità garantistica, questa difficilmente verrà adottata. Né d'altro lato risolve i problemi il lasciare la tutela di un diritto all'iniziativa spontanea del diretto interessato, per lo meno in casi come questi, in cui il 'diretto interessato' è una persona che ha ricevuto una diagnosi di 'malattia psichiatrica da trattare urgentemente' e che probabilmente è stata immediatamente trasferita in un reparto psichiatrico dove gli sono stati somministrati psicofarmaci e tranquillanti. Mi sembra evidente che in tale contesto non è molto probabile che alla persona venga in mente di contattare il giudice tutelare. E se anche venisse l'idea, difficile sarebbe realizzarla, soprattutto se la persona – come frequente, in questi casi – non dispone di una 'rete sociale' di supporto.

Segnaliamo a questo proposito la significativa pronuncia di un giudice tutelare¹³⁴², che si mostra consapevole dei problemi appena enunciati, e pertanto ammette l'esame di una 'richiesta di non convalida'

1341 Par. 2.1.3.

1342 Trib. Padova, 5 aprile 2003, Rizzo, in *Giur. merito*, 2003, p. 2276.

proveniente direttamente dal 'malato' e pervenutagli ancor *prima della notifica* del provvedimento del sindaco (ma dopo la sua emanazione) ed anche *prima dell'inizio del ricovero*. Il g.t. in questo decreto ritiene infatti che “il controllo sul provvedimento del Sindaco possa essere provocato anche ad iniziativa della parte direttamente interessata, prima del ricovero e a prescindere dalla notificazione al giudice tutelare del provvedimento ad opera del Sindaco, posto che quest'ultimo lo può notificare fino a 48 ore dopo il ricovero”, mentre sicuramente l'interesse del sottoposto al TSO è ad una “*decisione tempestiva*”, ove possibile “anche prima del ricovero”.

Infatti “già il ricovero è di per sé un fatto che può ledere seriamente i diritti soggettivi tutelati dal controllo giurisdizionale”¹³⁴³, ma, in particolare nel caso dei

1343 Venturini E., *Quale diritto per il malato di mente in condizioni di emergenza psichiatrica?* in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di Cendon, (atti del convegno tenutosi a Trieste il 12-14 giugno 1986), ove si osserva che con i trattamenti coattivi psichiatrici “non c'è solo la sospensione del diritto di libera scelta e del rifiuto della cura, c'è anche la possibilità di compromettere la dignità sociale dell'individuo. Un intervento autoritario sancisce infatti la psichiatrizzazione di una persona. (...) Si assiste ad una immediata ridefinizione del soggetto, dei suoi rapporti con l'istituzione e quindi del suo potere contrattuale. Al malato organico, alla sua sofferenza, viene lasciata riconosciuta dignità e il massimo di attenzione. Al paziente psichiatrico non viene riconosciuto questo diritto. (...) Una diagnosi psichiatrica, anche se provvisoria e generica, rimane sempre fortemente pregnante e indelebile”. Antonucci G., *Critica al giudizio psichiatrico*, ed. Sensibili alle Foglie, 2005 (II ed.), p. 12: “Il danno maggiore alla persona non viene arrecato tanto (...) dai reparti degli ospedali (SPDC) dove finiscono adesso le persone, il danno viene prima ed è generato dal potere che alcuni esseri umani si

trattamenti psichiatrici ove al ricovero possono “immediatamente seguire (...) somministrazioni di farmaci che alterino gravemente la capacità di intendere e di volere (sedativi)”¹³⁴⁴, la necessità di ricorrere contro la decisione prima che questo abbia inizio è ancor più evidente.

Questa impostazione sembra doverosa se si vuol tenere conto della nostra carta costituzionale, riconoscendo un – pur limitato – diritto di difesa fin dal primo momento, l'unico in cui si possono evitare i danni causati da un eventuale trattamento non regolare. Nonostante ciò, però, anche così rimane il problema sopra accennato: l'insufficienza del lasciare l'esercizio del diritto di difesa alla discrezione del soggetto sottoposto a TSO.

Il contraddittorio – *audiatur et altera pars* – è uno dei principi basilari del processo e corollario fondamentale del diritto di difesa *ex art. 24 e 111 Cost.*, e riconosciuto

prendono, di svuotare di senso la vita degli altri. Nel momento in cui una persona qualunque viene giudicata malata di mente da uno psichiatra, tutto quello che dice o che pensa non ha più alcun significato”.

1344 *Ibidem*: vi è “la possibilità di essere sottoposti, in quanto psichiatrizzati, all'uso di farmaci che agiscono sulla coscienza dell'individuo. Naturalmente si può obiettare che si agisce su una psiche alterata, sedando l'ansia, sciogliendo il delirio. Ma fino a che punto – bisognerebbe chiedersi – è veramente giustificato mutare una soggettività naturale, anche se 'anormale', con una 'normalità' artificialmente prodotta? Perché, se il farmaco smorza l'angoscia istintuale, diminuisce però anche la capacità di reazione e i meccanismi di adattamento del soggetto. Senza considerare gli effetti collaterali degli psicofarmaci, deleteri, troppo spesso minimizzati e misconosciuti. Ciò che è ancora più grave è che alla diagnosi psichiatrica si accompagna implicitamente la rottura di una barriera psicologica, che porta inevitabilmente a una sorta di dipendenza farmacologica senza fine”.

“nucleo sostanziale ed irriducibile” del diritto di difesa “in ogni specie di giudizio, quale che sia la struttura dei relativi procedimenti”¹³⁴⁵. E' vero che – come già visto a proposito della sentenza Corte Cost., 29 luglio 1982, n. 160 – “l’attuazione del principio del contraddittorio non esclude la differenziazione dei moduli processuali rispetto al rito ordinario”¹³⁴⁶: come chiarito dalla Corte, la disciplina legislativa può conformarsi “alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti”, ma questo solo “purché ne vengano garantiti lo scopo e la funzione, cioè il contraddittorio, in modo che sia escluso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti”¹³⁴⁷. Inoltre, la dottrina ritiene che il contraddittorio possa svolgersi anche in un momento successivo al provvedimento¹³⁴⁸, ma il differimento della difesa e del conseguente contraddittorio deve in tal caso essere “contenuto entro i limiti di fasi diverse dello *stesso grado di giudizio*”: non deve essere mai dilatato a tal punto, da comportarne l’integrale attuazione in un *ulteriore grado* (attraverso l’esercizio di un vero e proprio gravame o mezzo di impugnazione)”¹³⁴⁹.

E' vero però che per alcuni procedimenti la Corte ha ritenuto sufficiente il contraddittorio differito ed eventuale dato dall’istituto dell’opposizione¹³⁵⁰, e che parte della dottrina ritiene rispettato il principio del contraddittorio

1345 Gialuz F., *Art. 111*, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 964.

1346 *Ibidem*.

1347 Corte Cost. n. 119 del 1995.

1348 Gialuz, *Art. 111*, cit., p. 965.

1349 Comoglio L. P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, p. 65, cit. in Gialuz, *Art. 24*, cit., p. 224.

1350 Corte cost. 36/1967, 28/1977, 432/1998, 8/2003, 352/2003, cit. in Gialuz, *Art. 24*, cit., p. 224.

ove il diritto di difesa sia posticipato, ponendo come unica condizione la necessità che “il procedimento non manchi di consentire l'esercizio del diritto di difesa, bastando per ciò che sia riconosciuta al resistente 'la facoltà di difendersi in una fase ulteriore di giudizio'¹³⁵¹”.

Nel caso di cui stiamo trattando vi è, come abbiamo visto, la possibilità di inviare al giudice, di propria iniziativa, una richiesta di non convalidare il provvedimento o, in secondo luogo, la possibilità di ricorrere contro la decisione del giudice *ex art. 35 comma 8 e ss.*

Per quanto riguarda quest'ultima possibilità, che approfondiremo nei prossimi paragrafi, essa sembra appunto costituire un ulteriore grado di giudizio, attivabile tramite un mezzo di impugnazione, rispetto al momento di convalida del provvedimento: è dunque sufficiente a sanare il carente diritto di difesa del momento di adozione del provvedimento?

La risposta dipenderà da come si ritiene debbano bilanciarsi le diverse esigenze in gioco – in particolare, diritto di difesa e necessità di un intervento giudiziale rapido. Ulteriore argomento potrà essere dato dalla effettività della tutela giurisdizionale eventuale e differita. Se si considera tale tutela davvero effettiva, potrà più facilmente concludersi per la legittimità di questo 'primo grado'; altrimenti, le carenze qui riscontrate dovranno sembrare configurare vera e propria violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito ad ogni persona.

Per quanto riguarda questo 'primo grado', comunque, osserviamo che la possibilità di rivolgersi al giudice *prima*

1351 Comoglio L. P., *Il II comma dell'art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna 1976, pp.69 ss., cit. in Gialuz, *Art. 24*, cit., p. 224..

del ricovero, come abbiamo visto nel provvedimento del g.t. di Padova sopra citato, presuppone la conoscenza del provvedimento del sindaco in un momento anteriore a quello della sua attuazione.

Considerato però che nella maggior parte dei casi il TSO viene eseguito non appena emanato il provvedimento sindacale (se non prima), la possibilità che il ricorso possa essere proposto *prima del ricovero* è molto remota; ancora più difficile è che la persona sottoposta a TSO trovi il modo di rivolgersi al giudice *durante il ricovero*. E' vero che “nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno” (art. 33 co. 6), ma se questi non ha con chi comunicare, e non ha qualcuno che lo supporti nel suo intento di opporsi al TSO (familiari, associazioni, amici,...) sarà davvero difficile, in concreto, che lo faccia, tenendo conto della posizione di assoluta soggezione che acquisisce in quanto *coatto*, e soprattutto in quanto *paziente coatto*.

2.2.6. *Il problema della notifica.*

Particolarmente grave è che la legge non preveda alcun tipo di notifica del provvedimento: non vi è alcuna menzione del dovere di notificare i provvedimenti (né quelli del sindaco né quelli del giudice) alla persona sottoposta a TSO. Questo solleva forti perplessità. In primo luogo perché, come abbiamo evidenziato, chi è sottoposto a TSO viene a trovarsi in una situazione di soggezione molto particolare, in cui non è certo semplice la proposizione di una domanda di non convalida al giudice o di una richiesta di revoca al sindaco (*ex art. 33 commi 7 e 8*). Il fatto che il soggetto non debba ricevere

alcuna informazione scritta che riporti motivazioni e contenuto del provvedimento, e che comprovi l'avvenuta emanazione e convalida dello stesso, aggrava tale situazione di 'fragilità'. La mancata notifica impedisce la proposizione di domande a giudice o sindaco precedenti il ricovero e la convalida: questo sia perché comporta l'oggettiva ignoranza dell'imminente ricovero da parte del diretto interessato, sia perché questi non viene così informato delle facoltà di difesa di cui può fruire.

La necessità di portare a conoscenza della persona la modalità ed i termini in cui può opporsi al provvedimento che lo riguarda è parte integrante del diritto ad una piena difesa sancito dalla Costituzione. “Un'adeguata informazione delle parti interessate risulta indispensabile al contraddittorio, alla sua instaurazione e al suo svolgimento. Ed è perciò che gli interessati devono poter conoscere sia l'avvio di un procedimento che li riguardi, sia i mutamenti dei dati processuali, (...) sia ogni decisione dell'organo giudicante”¹³⁵². La notifica, come precisato dalla Corte costituzionale, ha proprio la funzione di “portare l'atto a conoscenza del destinatario, al fine di consentire l'instaurazione del contraddittorio e l'effettivo esercizio del diritto di difesa”¹³⁵³.

Conseguenza ne è, come affermato chiaramente anche dalla Corte, che al destinatario di un provvedimento restrittivo della libertà personale deve essere assicurata la “concreta ed effettiva conoscenza delle facoltà di difesa di cui può fruire”¹³⁵⁴, e che “in ogni atto notificato al

1352 Gialuz, *Art. 24*, cit., p. 225.

1353 Corte cost., 23 settembre 1998, n. 346.

1354 Corte cost., 23 maggio 1997, n. 144. In questa sentenza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge 13 dicembre 1989, n. 401 (Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della

destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere". Quest'ultimo principio, enunciato dall'art. 3, ultimo comma, della legge n. 241 del 1990 (che obbliga l'autorità amministrativa a rendere edotti coloro cui vengano notificati provvedimenti amministrativi, circa il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere) è stato ritenuto dalla Corte "di carattere generale". Nonostante la Corte e la norma citata facessero specifico riferimento ad un processo amministrativo, si può ritenere che il principio generale debba essere valido a maggior ragione quando sia in gioco la libertà personale del soggetto.

Nel caso del TSO invece, la l. 833 non prevede alcuna notifica. L'unica regola che prevede qualcosa di vagamente simile è la previsione generale per cui ogni accertamento o trattamento sanitario obbligatorio deve essere accompagnato "da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato". E' ovvio che per stimolare il consenso e la partecipazione del paziente bisognerà instaurare un rapporto di fiducia e spiegargli ciò che accade; ma è chiaro altresì che questa è una norma assolutamente astratta, e comunque il suo contenuto è assolutamente differente dalla notifica del provvedimento e delle facoltà di ricorso; la sua violazione è inoltre per lo più priva di conseguenze

correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche), come sostituito dall'art. 1 della legge 24 febbraio 1995, n. 45 (recante misure urgenti per prevenire fenomeni di violenza in occasione di competizioni agonistiche), che prevede la convalida da parte del GIP di misure preventive limitative della libertà personale adottate dal Questore, nella parte in cui non prevede che la notifica del provvedimento del Questore contenga l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice per le indagini preliminari.

giuridiche.

L'assenza della previsione di notifica è dunque una lacuna grave. Data l'importanza universalmente riconosciuta al diritto di difesa, può forse ritenersi che l'obbligo di notificare i provvedimenti, pur non essendo espressamente previsto, sia implicito, e prescinda dalla sua espressa previsione. In effetti alcuni autori lo sostengono: ad esempio FONTANA (riferendosi però solo al provvedimento del giudice tutelare, e non anche a quello – precedente – del sindaco) afferma che “anche se la legge non lo prevede espressamente, riteniamo che il giudice tutelare debba provvedere a comunicare il provvedimento convalidato all'infermo, per consentirgli di chiederne copia e di conoscere i motivi del trattamento obbligatorio al fine di proporre, eventualmente, il ricorso previsto dal comma 8°”¹³⁵⁵. Anche alcuni testi di 'autodifesa psichiatrica' ritengono pacifico il diritto ad ottenere le notifiche dei provvedimenti¹³⁵⁶.

Se anche però, interpretando in modo costituzionalmente orientato la norma, deve coerentemente concludersi per l'obbligo di notifica dei provvedimenti che riguardano la libertà personale, questa non sembra essere abitualmente effettuata. Da quanto abbiamo potuto constatare¹³⁵⁷, infatti, la prassi sembra andare in tutt'altra

1355 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1268.

1356 V. ad es. <http://www.ecn.org/antipsichiatria/autotutelaschedaTSO.html>, ed anche “T.S.O. e T.S.V.- Guida all'autodifesa”, opuscolo elaborato a cura del Collettivo antipsichiatrico Violetta Van Gogh, reperibile all'indirizzo <http://violetta.noblogs.org/post/2007/09/06/t.s.o-t.s.v.-guida-all-autodifesa>.

1357 Per lo più tramite testimonianze dirette o reperite sul web.

direzione. Spesso i documenti non vengono consegnati all'interessato, il quale, se autonomamente determinato ad adire il tribunale o a chiedere la revoca del provvedimento, dovrà espressamente richiederli, con le difficoltà che questo comporta (che saranno più facilmente superate se la persona dispone di amici o familiari che lo possano aiutare). Per questo motivo, inoltre, per la persona ricoverata in TSO non è nemmeno agevole capire quando abbia inizio¹³⁵⁸ e quando termini l'obbligatorietà del ricovero. Per questo, probabilmente, non è sufficiente affidarsi ad un'interpretazione costituzionalmente orientata: la prassi operativa richiede regole certe e chiare da seguire, soprattutto se si tratta di regole garantistiche, che appesantiscono forse la procedura, ma sono in realtà fondamentali per il rispetto dei diritti inviolabili della persona¹³⁵⁹.

Per questi motivi, l'effettività del diritto di difesa in questa fase mi sembra molto carente. La legge 833, ed in ogni caso la prassi, non prestano attenzione al problema del concreto esercizio del diritto di difesa.

Come abbiamo visto, le fonti internazionali tengono invece in maggior considerazione il problema. In particolare ricordiamo questo passo della sentenza Winterwerp, della Corte EDU¹³⁶⁰: “occorre che

1358 La presenza della polizia municipale è spesso interpretata come segno determinante di avvenuta emanazione del provvedimento di TSO, indipendentemente dalla notifica (e, forse, anche dall'effettiva attuale emanazione) dello stesso.

1359 Ricordiamo che, se il vizio di un provvedimento consiste nella mancata notifica dei modi in cui è possibile ricorrere contro di esso, per sua natura difficilmente sarà portato davanti ad un giudice, tantomeno a quello costituzionale.

1360 Corte EDU, sentenza Winterwerp c. Paesi Bassi, 24 ottobre 1979, n. 33 (v. cap. II).

l'interessato abbia accesso ad un tribunale e l'opportunità di essere ascoltato personalmente o, se necessario, mediante una certa forma di rappresentanza; in caso contrario non fruirebbe delle 'garanzie fondamentali di procedura applicate in materia di privazione di libertà' (...). Le infermità mentali possono condurre a limitare o modificare tale diritto nelle sue condizioni di esercizio, ma non possono giustificare un pregiudizio alla sua stessa sostanza. In verità, possono essere imposte garanzie speciali di procedura per proteggere coloro che, a causa delle loro alterazioni mentali, non sono pienamente capaci di agire in loro nome¹³⁶¹. La Corte EDU in questo caso concluse per la violazione del diritto di difesa tutelato dalla Convenzione perché “nella fattispecie, il ricorrente non partecipò mai né personalmente, né per mezzo di un rappresentante, ai procedimenti che pervennero alle diverse autorizzazioni di internamento adottate a suo carico: non lo si informò né del loro svolgimento, né del loro esito; i tribunali non lo sentirono e non ebbe l'opportunità di perorare la sua causa. Su tale aspetto di capitale importanza è stato privato, in diritto e in pratica, delle garanzie richieste dall'art. 5, par. 4 della Convenzione¹³⁶²”.

Anche la Raccomandazione 10 (2004) del Consiglio d'Europa dedica attenzione al problema. Riportiamo qui gli artt. 6, 22 e 23¹³⁶³.

Article 6 – Information and assistance on patients' rights

Persons treated or placed in relation to

1361 Par. 60.

1362 Par. 61.

1363 Su cui v. anche *supra*.

mental disorder should be individually informed of their rights as patients and have access to a competent person or body, independent of the mental health service, that can, if necessary, assist them to understand and exercise such rights.

Article 22 – Right to information

1. Persons subject to involuntary placement or involuntary treatment should be promptly informed, verbally and in writing, of their rights and of the remedies open to them.

2. They should be informed regularly and appropriately of the reasons for the decision and the criteria for its potential extension or termination.

3. The person's representative, if any, should also be given the information.

Article 23 – Right to communication and to visits of persons subject to involuntary placement

The right of persons with mental disorder subject to involuntary placement:

i. to communicate with their lawyers, representatives or any appropriate authority should not be restricted. Their right to communicate with their personal advocates or other persons should not be unreasonably restricted;

ii. to receive visits should not be unreasonably restricted, taking into account the need to protect vulnerable persons or minors placed in or visiting a psychiatric facility.

La disciplina così delineata può essere opinabile nel merito, ma sicuramente importante è che il problema del diritto di difesa sia preso in considerazione, e che si cerchi di dargli una soluzione.

Emerge con chiarezza che i pazienti “should be promptly informed, verbally and in writing, of their rights and of the remedies open to them”, e *soprattutto* che essi devono avere accesso ad un “competent person or body” che sia indipendente dal servizio di salute mentale, “that can, if necessary, assist them to understand and exercise such rights”. Come abbiamo visto questa previsione è completamente assente nella disciplina italiana. In particolare l'esistenza di un organo indipendente dal servizio di salute mentale da cui il soggetto coattivamente trattato possa ricevere informazioni sui diritti di cui può avvalersi credo possa davvero fare la differenza per quanto riguarda l'effettività della disciplina legislativa, che altrimenti viene a dipendere dal caso, dal tipo di formazione degli operatori del reparto e dall'esistenza o meno di una 'rete sociale' di sostegno della persona, un problema tipico del ricoverato in TSO essendo l'isolamento dal mondo esterno e l'ignoranza dei propri diritti.

Inoltre la raccomandazione specifica che se esiste un rappresentante della persona, queste informazioni andranno date *anche* a questi (che quindi non sostituisce ma si affianca al paziente)¹³⁶⁴.

1364 Analogamente a quanto previsto ad esempio in materia di notificazioni all'imputato interdetto o infermo di mente dall'art. 166 c.p.p.: “Se l'imputato è interdetto, le notificazioni si eseguono a norma degli articoli precedenti e presso il tutore (...)”.

Da ultimo, la raccomandazione sottolinea la necessità di libera comunicazione con avvocati e rappresentanti. Va sottolineato come il fondamentale diritto di comunicazione previsto dalla Raccomandazione sia limitato rispetto a quello previsto dalla l. 833/1978: la legge italiana garantisce infatti la libertà di comunicare con chiunque, senza restrizioni, mentre la Raccomandazione rende possibile restringere questo diritto.

2.3. I rimedi amministrativi e giurisdizionali.

E' prevista la possibilità di ricorso amministrativo, inoltrando al sindaco domanda di revoca o di modifica del provvedimento adottato. Inoltre, contro la convalida del provvedimento da parte del g.t. vi è la possibilità di ricorrere al tribunale.

2.3.1. Il ricorso amministrativo.

L'art. 33 co. 7 prevede in via generale (per tutti i tipi di TSO) che “chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio”. Su queste richieste “il sindaco decide entro 10 giorni”, ed i provvedimenti di revoca o di modifica “sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato”.

L'autorità amministrativa, nell'ambito del suo potere di autotutela, può sempre modificare o revocare gli atti di sua competenza che riconosca illegittimi (o, secondo alcuni, dare una “diversa valutazione attuale degli interessi considerati”, cosa che escluderebbe la sua natura di vero e

proprio rimedio amministrativo¹³⁶⁵).

La legge prevede diversi tipi di ricorso 'amministrativo' che possono essere proposti dai cittadini per chiedere il “riesame della legittimità ed opportunità di un provvedimento amministrativo da parte dell'amministrazione stessa”¹³⁶⁶. Il tipo di ricorso amministrativo cui fa riferimento la l. 833 sembra seguire il modello del 'ricorso in opposizione'¹³⁶⁷. Con questo ricorso, si avvia un procedimento amministrativo 'di secondo grado', “in cui l'amministrazione è chiamata a svolgere funzioni amministrative giustiziali, (...) differenti da quelle di amministrazione attiva esercitate al momento dell'emanazione del provvedimento impugnato”¹³⁶⁸. Esso “si caratterizza per il fatto di essere diretto alla stessa autorità che ha emanato l'atto impugnato”, per cui di conseguenza “l'organo adito assume la doppia veste di

1365 Trib. Camerino, decreto 29 aprile 1983, Cerqueti, in *Foro it.*, 1983, I, pp. 2008 s.: “altro è revocare un atto giuridico altro è censurarlo i profili di invalidità, e ciò, soprattutto, alla luce dei più recenti esiti della scienza amministrativa, a mente dei quali l'ambito proprio della revoca consiste nella diversa valutazione attuale degli interessi considerati, e non già in un rimedio amministrativo di autotutela volto alla eliminazione di un provvedimento invalido”.

1366 Scoca F. G., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 486. Sui ricorsi amministrativi in genere, *ibidem* pp. 485 ss.

1367 D.p.r. 21 novembre 1971, n. 1199 (semplificazione in materia di ricorsi amministrativi). Art.7. “Ricorso in opposizione. Procedimento. Nei casi previsti dalla legge, il ricorso in opposizione è presentato all'organo che ha emanato l'atto impugnato. Per quanto non espressamente previsto dalla legge, valgono, in quanto applicabili, le norme contenute nel capo I del presente decreto”. *Contra*, però, Pizzi, *Malattie mentali*, cit.

1368 Scoca F. G., *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 504 ss.

autorità decidente e di parte resistente”¹³⁶⁹.

Legittimato a proporre richiesta di revoca è, secondo l'art. 33, “chiunque”. Nonostante l'espressione attribuisca una legittimazione attiva amplissima, secondo alcuni autori sarebbe in realtà legittimato solo chi abbia un interesse giuridicamente qualificato. Secondo BRUSCUGLIA, ad esempio, sarebbero in definitiva legittimati “solo quei soggetti che per qualsiasi ragione abbiano un interesse collegato al mantenimento o meno dell'infermo di mente in condizioni di degenza ospedaliera”¹³⁷⁰, ossia “innanzitutto l'infermo di mente, il suo rappresentante legale, il coniuge, i parenti soprattutto se conviventi, il datore di lavoro, i centri o servizi di igiene mentale”.

PIZZI invece, per giungere a definire il significato dell'espressione “chiunque”, ritiene di dover in primo luogo definire la natura del rimedio in questione. Secondo l'autrice, infatti, se si trattasse di un vero e proprio ricorso, legittimato sarebbe, per orientamento consolidato, chiunque abbia un interesse *giuridicamente qualificato*¹³⁷¹. L'A. però esclude che quello in questione sia un vero e proprio ricorso: in primo luogo perché la legge utilizza il diverso termine “richiesta”, ed ulteriormente per la mancanza di elementi che si ricolleghino alla disciplina tipica delle azioni impugnatorie (ad es., i termini entro i quali ricorrere).

Secondo PIZZI quindi, trattandosi non di un ricorso ma di un generico atto propulsivo di procedimento amministrativo di secondo grado, “il 'chiunque' (...) può acquistare una estensione contenutistica più lata (...) e

1369 *Ibidem*.

1370 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 199.

1371 Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 23 (corsivo mio).

ricomprensione anche un soggetto che non sia 'personalmente' interessato"¹³⁷², come ad esempio "un'associazione, (...), una formazione sociale, ed anche un qualsiasi membro della collettività"¹³⁷³. Anche se l'A. poi riflette che, per i soggetti non personalmente interessati, il valore sostanziale di questo rimedio "è pressoché nullo", poiché essi non sarebbero poi legittimati ad agire in una eventuale fase contenziosa, ove il ricorso amministrativo fallisse, in caso di rifiuto della revoca da parte del sindaco¹³⁷⁴.

In giurisprudenza¹³⁷⁵ il sistema del reclamo è stato anche definito "controllo popolare": l'espressione usata sembra lasciar intendere che la legittimazione dovrebbe essere molto ampia.

Per quanto riguarda i termini, la legge prevede che il sindaco debba decidere entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta. Vista la durata media dei TSO, quando il sindaco si esprimerà probabilmente il ricovero sarà già avvenuto, ed anzi starà volgendo al termine. Questo limita ovviamente l'efficacia che può avere il reclamo¹³⁷⁶.

I provvedimenti sindacali di revoca o di modifica "sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato" (art. 33 co. 8). Secondo BRUSCUGLIA¹³⁷⁷ questo significa che essi devono

1372 *Ibidem*, pp. 23 s.

1373 *Ibidem*, p. 24, nota 22.

1374 *Ibidem*, p. 24.

1375 Pretura Ciriè, 1° marzo 1979, Merlo, cit.

1376 Bisogna comunque considerare che i dieci giorni previsti sono un termine relativamente breve, se comparati ai trenta giorni previsti dal disegno di legge originario: cfr. l'art. 5 del disegno di legge governativo riportato in Pizzi, *Malattie mentali*, cit., pp. 55 ss.

1377 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 200.

essere convalidati (o meno) dal g.t.¹³⁷⁸, e che devono anche “passare attraverso la certificazione medica motivata in punto delle ragioni di revoca o di modifica, quindi attraverso l'atto successivo di convalida del medico dell'unità sanitaria locale”¹³⁷⁹. Se così fosse, però, si giungerebbe, sembra, a conseguenze poco coerenti con il resto della normativa: il sindaco ha il potere di *non disporre* il TSO nonostante la proposta medica convalidata, se ritiene non sussistenti i requisiti previsti dalla legge; secondo questa lettura però, una volta dispostolo, non potrebbe più farlo cessare (ad esempio perché ad un esame più attento ritiene il provvedimento originario illegittimo) senza il parere conforme dei due medici proponenti; questi verrebbero così ad assumere un potere notevolissimo, non previsto nella normale procedura applicativa di TSO, e sarebbe altresì negato al sindaco il potere di autotutela riconosciuto in via generale alla P.A. Si potrebbe perciò ritenere, seppur con qualche dubbio, che il riferimento allo “stesso procedimento” si riferisca solamente alla necessità di convalida del g.t. ed al rispetto dei tempi previsti per l'adozione del provvedimento; trattandosi però di interpretazione che si discosta dalla lettera della legge, la sua sostenibilità andrebbe verificata con approfondimento maggiore. Il problema è per certi versi analogo a quello che si pone nel caso in cui il medico del servizio psichiatrico richieda la

1378 Per alcune riflessioni sul rapporto tra convalida del sindaco ed effetti del provvedimento, v. Pizzi, *ibidem*, pp. 24 s., ove nota, tra l'altro, che “la norma non prevede alcun rimedio nei confronti dell'atto posto in essere dal giudice tutelare”, ma che si potrebbe comunque invocare l'art. 739 c.p.c. 1 co. che prevede che “contro i decreti del giudice tutelare si può proporre reclamo con ricorso al tribunale, che pronuncia in camera di consiglio”.

1379 Bruscutiglia, *Commentario*, cit., p. 200.

revoca per il venir meno dei presupposti per il TSO, di cui abbiamo discusso *supra*¹³⁸⁰: per la revoca, ci deve essere il consenso di tutti i partecipanti al procedimento applicativo?

Nei casi – eccezionali¹³⁸¹ – in cui la richiesta di modifica abbia ad oggetto un *prolungamento* del ricovero, sembra invece logico che il sindaco non possa unilateralmente disporre la prosecuzione dello stesso oltre il limite originariamente stabilito, perché ciò esula da quelli che sono i suoi poteri: il sindaco ha funzione di controllo sulla richiesta dei medici. Deve decidere se dare seguito alla proposta dei medici, dando avvio al TSO, ma non può disporre nulla che vada oltre la proposta. Sarebbe dunque incongruo che potesse farlo in sede di modifica del provvedimento.

2.3.2. *La tutela giurisdizionale.*

La tutela giurisdizionale è disciplinata dai commi 8 e seguenti dell'art. 35.

Come vedremo la disciplina del procedimento è da inquadrare nell'ambito della giurisdizione volontaria, presentando con i procedimenti di questo tipo evidenti analogie (in particolare la competenza del giudice tutelare, la facoltatività del patrocinio legale, l'assunzione di informazioni e la raccolta di prove d'ufficio da parte del tribunale, l'esenzione da oneri fiscali di bollo, il procedimento in camera di consiglio)¹³⁸². Sono da ritenersi

1380 Par. 2.1.6.

1381 Cfr. Bruscuglia, *Commentario*, cit., p. 199.

1382 Cfr. Pizzi, *Malattie mentali*, cit., pp. 27 s., Cfr. Bruscuglia, *Commentario*, cit., p. 203, Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1274.

applicabili, salvo espresse deroghe o incompatibilità, le “disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio”, di cui al Capo VI, Titolo II, Libro IV del c.p.c. (artt. 737 – 742 bis)¹³⁸³.

La l. 833 contempla due tipi di ricorso: l'art. 35 comma 8 si riferisce al ricorso contro il *provvedimento convalidato* dal giudice tutelare, mentre il comma successivo riguarda il ricorso contro la *mancata convalida* del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio.

Per ricorrere contro il provvedimento convalidato, legittimato è “chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio e chiunque vi abbia interesse”. Anzitutto, la legittimazione a chiunque *vi abbia interesse* dà un ulteriore elemento per confermare, *a contrario*, che il 'chiunque' previsto per il ricorso amministrativo è da intendersi nel modo più ampio possibile. Qui per ricorrere vi deve essere un interesse giuridicamente rilevante; questo significa che dovrebbe applicarsi il principio giurisprudenziale per cui l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) “è dato dall'utilità che il titolare di una situazione giuridica soggettiva giuridicamente tutelata, proponendo una domanda giudiziale, si ripromette di conseguire attraverso il

1383 Art. 742 bis c.p.c.: “Le disposizioni del presente capo si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone”. Così anche Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2002, n. 18143, proprio riferendosi alla procedura prevista dall'art. 35 l. 833/1978: “Quando un procedimento in camera di consiglio sia regolato da una disciplina speciale, le eventuali lacune, in mancanza di norme che lo escludano, debbono essere colmate con il ricorso alla disciplina generale dei procedimenti in camera di consiglio contenuta negli articoli da 737 a 742 bis del c.p.c.”.

provvedimento del giudice”¹³⁸⁴.

Legittimati attivi sono quindi in primo luogo il ricoverato e – se incapace (art. 75 c.p.c.)¹³⁸⁵ – il suo legale rappresentante¹³⁸⁶ (che dalla lettura della disposizione, che legittima specificamente chi è sottoposto al TSO a ricorrere, sembra aggiungersi e non sostituire il ricoverato¹³⁸⁷, il quale può in ogni caso fare ricorso anche autonomamente¹³⁸⁸), e secondariamente coloro per cui il ricovero comporta il pregiudizio di un diritto. Secondo FONTANA tali sono ad esempio il coniuge dell'infermo (che “vede limitati dal trattamento obbligatorio i diritti nascenti dal matrimonio”¹³⁸⁹) ed il P.M. (per il quale “l'interesse

1384 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1275.

1385 Sulla distinzione tra capacità di essere parte (che è correlata alla *capacità giuridica ex art. 1 c.c.*, e può descriversi come la capacità “di essere soggetto di assumere il ruolo di soggetto del processo, e di essere destinatari degli effetti degli atti processuali”) e la capacità processuale, o legittimazione formale (correlata alla *capacità di agire* in relazione al diritto controverso, e consistente nella capacità di compiere atti nel processo) si v. Luiso F. P., *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2000, pp. 194 ss. e Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2002.

1386 Art. 182 c.p.c., co. 2: “Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, il giudice può assegnare alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni”.

1387 Cfr. Bruscutta, *Commentario*, cit., p. 201, e Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1275.

1388 Questo comporterebbe una deroga alle generali regole per la rappresentanza.

1389 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1275.

nasce dall'obbligo di vegliare alla tutela degli incapaci¹³⁹⁰).

Per quanto riguarda l'interesse ad agire¹³⁹¹, la giurisprudenza¹³⁹² ha chiarito che l'interesse a ricorrere sussiste anche nel caso in cui il provvedimento sindacale sia stato poi revocato, in seguito a richiesta di revoca ex art. 33 co. 7. Questo poiché la revoca sindacale del provvedimento non ne censura i profili di invalidità: si limita a valutare diversamente gli interessi in gioco. Il ricorrente ha invece il preciso interesse di vederne censurate le invalidità; di “veder rimosso – siccome illegittimo – il provvedimento sindacale”¹³⁹³.

I commentatori hanno osservato che tale impostazione si basa probabilmente sulla considerazione “che chi viene sottoposto illegittimamente a trattamento sanitario obbligatorio subisce un pregiudizio sociale che non viene rimosso dalla [mera] revoca del provvedimento a causa dell'avvenuta dimissione del malato dall'ospedale”¹³⁹⁴, ricordando altresì che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto sufficiente “l'esistenza di un interesse meramente morale ai fini dell'ammissibilità o procedibilità di un ricorso avverso un provvedimento che sia stato annullato o che abbia esaurito i suoi effetti”¹³⁹⁵.

La legge non prevede un termine entro il quale il ricorso dev'essere proposto, ma si ritiene vada applicato il

1390 *Ibidem*.

1391 Sulla natura e la funzione del concetto di 'interesse ad agire' nel processo civile, v. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 205 ss.

1392 Trib. Camerino, decreto 29 aprile 1983, cit.

1393 Trib. Camerino, decreto 29 aprile 1983, cit.

1394 Nota a trib. Camerino, decreto 29 aprile 1983, cit., in *Foro it.*, 1983, I, p. 2008.

1395 *Ibidem*.

termine di dieci giorni previsto dall'art. 739 c.p.c., terzo comma¹³⁹⁶. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza: riportiamo qui alcuni passaggi di una sentenza in cui la Cassazione¹³⁹⁷ ha dichiarato infondato un ricorso teso a dimostrare che, non essendo previsto alcun termine nell'art. 35, il ricorso potrebbe proporsi in qualsiasi momento. La corte così argomenta: “nessuna norma contenuta nell'art. 35 della legge n. 833 del 1978 esclude il ricorso alla disciplina generale per integrare quella speciale dettata con la citata disposizione. (...) D'altra parte, la natura impugnatoria del ricorso avverso la convalida, per sua natura, richiede la previsione di un termine, essendo eccezionali (e quindi previste da norme espresse, che nella specie non si rinvergono) le previsioni di impugnazioni straordinarie, sottratte a qualsiasi termine”.

Il ricorso contro la mancata convalida del g.t., invece, è proponibile solo dal sindaco, entro il termine di 30 giorni (che iniziano a decorrere dalla scadenza del termine di 48 ore entro le quali il sindaco deve emettere il provvedimento, *ex art. 35 co. 2*).

I due tipi di ricorso sono detti analoghi dalla legge¹³⁹⁸, ed il procedimento da seguire è il medesimo. La

1396 Art. 739, co. 3, c.p.c.: “Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dato in confronto di più parti”.

1397 Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2002, n. 18143, cit.

1398 Art. 35, commi 8 e 9: “Chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare. Entro il termine di trenta giorni, decorrente dalla scadenza del termine di cui al secondo comma del presente articolo, il sindaco può proporre

caratteristiche che deve avere il ricorso non sono specificate. Questo, insieme al potere del tribunale di assumere informazioni e raccogliere prove anche d'ufficio (art. 35 co. 14), fa supporre che il ricorso non debba necessariamente prospettare una serie di specifici motivi di illegittimità del provvedimento, potendo invece “essere estremamente conciso, limitandosi magari ad affermare l'illegittimità del provvedimento convalidato”¹³⁹⁹, indicandone gli estremi; e che il tribunale non sia vincolato a decidere sui soli motivi prospettati.

Questa procedura è in parte semplificata, nell'intento di rendere maggiormente effettivo l'accesso alla tutela giurisdizionale. A questo scopo è previsto (art. 35 co. 10) che “le parti possono stare in giudizio senza ministero del difensore”, potendo quindi compiere e ricevere tutti gli atti del giudizio personalmente¹⁴⁰⁰; inoltre esse possono “farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce al ricorso o in atto separato” (senza che siano richieste particolari qualificazioni al rappresentante, dovendo ritenersi sufficienti “i requisiti di capacità prescritti generalmente per il mandato”¹⁴⁰¹). Questa facoltà è molto importante, soprattutto nel caso in cui il ricorso venga proposto durante il ricovero, in quanto al ricoverato sarebbe sicuramente difficile, se non impossibile, seguire il procedimento. Coerentemente, il medesimo comma prevede che il ricorso possa essere presentato al tribunale mediante raccomandata con avviso di ricevimento.

analogo ricorso avverso la mancata convalida del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio” (corsivo mio).

1399 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., pp. 1276 s.

1400 Cfr. Brusaglia, *Commentario*, cit., p. 202.

1401 *Ibidem*.

Ulteriore semplificazione riguarda l'esenzione dall'imposta di bollo dei ricorsi e dei successivi procedimenti, nonché l'esenzione della decisione dalla registrazione¹⁴⁰².

In seguito alla proposizione del ricorso, il comma 11 prevede che il presidente del tribunale fissi l'udienza di comparizione delle parti¹⁴⁰³ “con decreto in calce al ricorso che, a cura del cancelliere, è notificato alle parti nonché al pubblico ministero. La fissazione dell'udienza ed il ricorso dovrà dunque essere notificata a:

- ricorrente;
- PM;
- sindaco in quanto controinteressato (se non lui stesso ricorrente);
- ricoverato (anche se non ricorrente in prima persona, secondo la condivisibile opinione di FONTANA, perché possa “far valere proprie eventuali osservazioni in un procedimento che lo riguarda personalmente”¹⁴⁰⁴);
- persona ricoverata e poi dimessa in seguito alla

1402 Fontana segnala come la formula utilizzata sia di portata lievemente meno ampia rispetto a quella usata in altri casi, come l'esenzione che era prevista dall'art. 10, l. 533/1973 per atti, documenti e provvedimenti delle controversie di lavoro o previdenza, “dall'imposta di bollo, di registro e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura”. Per cui nel procedimento di ricorso contro un TSO potranno essere chiesti alcuni contributi, ad esempio per il rilascio di copie autentiche. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1279.

1403 Non è previsto un termine entro cui dev'essere fissata l'udienza. L'udienza di comparizione non è pubblica, poiché non è udienza di discussione (art. 128 c.p.c.). Cfr. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1277.

1404 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1277.

mancata convalida del g.t., in caso di ricorso del sindaco (che potrebbe portare ad un nuovo ricovero della stessa)¹⁴⁰⁵.

Se la persona è incapace legale, la notifica andrà fatta (a mio parere *anche*, e non *soltanto*¹⁴⁰⁶) al suo rappresentante legale.

Di notevole importanza è la possibilità, su istanza di parte od anche d'ufficio, che il presidente del tribunale disponga la sospensione del trattamento anche prima dell'udienza di comparizione delle parti. Il presidente del tribunale vi provvede, decidendo entro 10 giorni se su istanza di parte (art. 35 co. 12 e 13), una volta acquisito il provvedimento e sentito il PM.

E' fondamentale infatti, per l'effettività della tutela, che vi sia uno strumento che consenta di intervenire rapidamente per far cessare una situazione che si riveli lesiva di un diritto fondamentale. Il TSO comporta una restrizione di libertà, oltre che la privazione del diritto costituzionalmente garantito di scegliere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario; la sua applicazione illegittima comporta una lesione cui non potrà mai rimediare adeguatamente un risarcimento economico¹⁴⁰⁷; l'unico modo di rendere davvero effettiva la tutela è la possibilità di evitare o limitare il danno stesso. Nella stragrande maggioranza dei casi il tribunale non potrà

1405 *Ibidem*.

1406 Analogamente a quanto previsto dall'art. 166 c.p.p. per le “notificazioni all'imputato interdetto o infermo di mente”. Ma v., *contra*, Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1277.

1407 Che potrebbe essere chiesto in caso di accertata illegittimità del TSO subito: sul punto si veda Trib. Venezia, sentenza 19 dicembre 2005, in *Ragiusan*, n. 261/262, sez. IV, 2006, pp. 242 ss., che sarà esposta *infra*.

giungere ad una decisione definitiva in tempo utile: considerando i tempi fisiologicamente necessari per fissare l'udienza, assumere informazioni e raccogliere prove, il procedimento volgerà al termine in tempi relativamente lunghi, quando ormai la decisione non potrà incidere sul ricovero, che con tutta probabilità sarà già terminato. Per questo è prevista la possibilità di sospendere il trattamento, nel termine relativamente breve di dieci giorni dalla domanda. Bisogna sottolineare però che si tratta di termine ordinario, non essendo prevista alcuna conseguenza per il superamento dello stesso¹⁴⁰⁸.

E' stato osservato da alcuni autori come questo potere di sospensiva sia eccezionale, "al di fuori del sistema"¹⁴⁰⁹, in rottura con esso¹⁴¹⁰: ciò in quanto un giudice ordinario sospende un provvedimento amministrativo perfetto, in deroga ai principi di giustizia amministrativa¹⁴¹¹ che vietano ai giudici ordinari di revocare o modificare provvedimenti amministrativi (potendo soltanto eventualmente disapplicarli¹⁴¹²), e di adottare provvedimenti cautelari nei confronti della P.A.¹⁴¹³

Il presidente, "sia che agisca in termini di supplenza dei poteri esercitabili dal Giudice tutelare, ovvero proceda per la sopravvenienza di fatti straordinari, dovrà muoversi

1408 Art. 152 c.p.c.; v. Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1277.

1409 Cfr. Brusuglia, *Commentario*, cit., p. 202.

1410 Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 29.

1411 Cfr. Art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, su cui v. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 3 ss. *Ivi*, per le linee generali dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, parte I, capp. 1 e 2; per i poteri del giudice ordinario nei confronti della P.A., parte II, cap. 2.

1412 Art. 5 l. l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

1413 Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 29.

dal medesimo angolo visuale del giudice tutelare e cioè al fine di impedire trattamenti sanitari eventualmente immotivati anche dal punto di vista dell'interesse della collettività e di attuare la cura possibilmente in strutture extraospedaliere”¹⁴¹⁴. Il suo provvedimento, non essendovi espressa disposizione di legge in tal senso, sembra doversi ritenere non reclamabile¹⁴¹⁵.

L'assunzione delle informazioni (comma 14) ai fini della decisione definitiva rientra tra i “doveri a contenuto discrezionale” del giudice; in ogni caso “le parti possono depositare memorie, dedurre capitoli di prova, indicando testi, e sollecitare l'attività istruttoria del tribunale, invitandolo a richiedere informazioni”¹⁴¹⁶. Il tribunale ammetterà o meno le prove richieste, assumerà le informazioni ritenute necessarie e disporrà eventuali prove d'ufficio.

Va sottolineato che nemmeno qui è previsto l'obbligo di esaminare personalmente il soggetto, come invece nel procedimento di interdizione e di inabilitazione, *ex art. 714 c.p.c.* Riprendendo le parole di FONTANA, “è singolare che il legislatore, senz'altro sensibile alle esigenze di tutela della persona sottoposta al trattamento, non abbia espressamente previsto l'obbligo per il tribunale di esaminarla personalmente”¹⁴¹⁷.

Una volta conclusa la fase istruttoria, il tribunale provvede in camera di consiglio. Non è prevista né la precisazione delle conclusioni *ex art. 189 c.p.c.*, né l'udienza di discussione *ex art. 275 c.p.c.* Prima della

1414 Bruscutta, *Commentario*, cit., p. 202.

1415 Fontana G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1278.

1416 *Ibidem*.

1417 *Ibidem*, p. 1277.

decisione però deve essere sentito il PM.

La decisione è adottata con decreto motivato (*ex art. 737 c.p.c.*). Ove il ricorso sia stato proposto contro il provvedimento convalidato, se il tribunale conferma la decisione del g.t. non ritenendo sussistenti i presupposti del TSO, rigetterà il ricorso; in caso contrario lo accoglierà.

In quest'ultimo caso, è discussa in dottrina la natura ed il contenuto del decreto. Secondo PIZZI, il decreto che accoglie il ricorso contro il provvedimento convalidato ha ad oggetto direttamente il provvedimento sindacale, che viene annullato¹⁴¹⁸.

FONTANA invece ritiene che così non possa essere, in assenza di una disposizione che espressamente deroghi all'art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. sopra citato. L'A., partendo dalla constatazione che oggetto del ricorso è il provvedimento *convalidato*, sostiene che il tribunale interviene a revocare il decreto emesso dal giudice tutelare, e non invece ad annullare direttamente il provvedimento. In seguito alla revoca, il sindaco dovrebbe “disporre l'immediata cessazione del provvedimento”.

In questo modo si 'salva' il sistema, rispettando i principi che regolano in via generale l'efficacia delle decisioni giurisdizionali sui provvedimenti della P.A. Poiché vi sono però in gioco diritti fondamentali, credo debba ritenersi, analogamente a quanto sostenuto riguardo all'efficacia del provvedimento di convalida del g.t. (par. 2.3.3.), che questa soluzione sia quanto meno problematica. Ricordiamo la soluzione allora proposta (tra l'altro, enunciata proprio da FONTANA, che invece qui imposta diversamente il problema), per cui, interpretando

1418 Con i problemi che questo comporta a livello di sistema. Pizzi, *Malattie mentali*, cit., p. 29.

la norma secondo Costituzione, si dovrebbe propendere per l'*efficacia diretta* del provvedimento del giudice. Credo possa proporsi una soluzione analoga anche in questa sede, ove anzi la lettera della disposizione sembra essere più idonea (per quanto riguarda la convalida del g.t., la legge espressamente dispone che sia il sindaco a disporre la cessazione del ricovero; qui invece si dice che il tribunale accoglie il ricorso “contro il *provvedimento* convalidato”, rendendo più plausibile un'efficacia diretta della sua pronuncia).

Vi è poca giurisprudenza in tema: l'unica sentenza di cui siamo a conoscenza che prende espressamente posizione in tema ha adottato un'impostazione che sembra coincidere con quella di FONTANA. Il decreto del tribunale di Camerino del 1983¹⁴¹⁹ infatti, accogliendo un ricorso contro il provvedimento sindacale convalidato ha così concluso: “per questi motivi, (...) *in riforma del provvedimento del giudice tutelare (...), non convalida l'ordinanza del sindaco* di Castelraimondo (...) con cui veniva disposto il trattamento sanitario obbligatorio”¹⁴²⁰. Del resto anche due recenti sentenze di Cassazione hanno avallato questa impostazione, pur se solo in *obiter*: “[il] decreto del giudice tutelare di convalida del trattamento sanitario obbligatorio, (...) è ricorribile davanti al tribunale ai fini della disamina circa la sussistenza dei relativi presupposti”¹⁴²¹.

Nel diverso caso in cui il ricorso sia stato proposto dal sindaco, il tribunale convaliderà il provvedimento sindacale (previa eventuale revoca del decreto 'di non

1419 Trib. Camerino, 29 aprile 1983, cit.

1420 Corsivo mio.

1421 Cass. civ., sentenza 18 agosto 2006, n. 18193. Analogamente Cass. civ., sez. I, sentenza 20 dicembre 2002, n. 18143.

convalida' del g.t.) in caso di accoglimento, altrimenti rigetterà il reclamo.

La discussione di cui sopra su quale sia l'oggetto del decreto, se il provvedimento amministrativo o la convalida del giudice, non è meramente teorico, ma ha notevoli ripercussioni pratiche. In particolare, la soluzione inciderà sulla possibilità di ricorso contro il decreto stesso. L'art. 739 c.p.c., che come abbiamo visto si applica a questo procedimento salvo deroghe espresse, così dispone:

1. Contro i decreti del giudice tutelare si può proporre reclamo con ricorso al tribunale, che pronuncia in camera di consiglio. Contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio.
2. (...)
3. Salvo che la legge disponga altrimenti, non è ammesso reclamo contro i decreti della corte d'appello e contro quelli del tribunale pronunciati in sede di reclamo.

Se dunque si ritiene (come PIZZI) che il decreto del tribunale, nel caso di ricorso proposto contro il provvedimento convalidato, abbia ad oggetto il *provvedimento amministrativo*, il tribunale si pronuncerà su di esso come giudice di primo grado, occupandosi direttamente del provvedimento; e sarà giudice di secondo grado solo nel caso di pronuncia su ricorso del sindaco, poiché in questo caso oggetto sarà sicuramente la decisione del g.t. in ordine alla non convalida del provvedimento.

Se invece, come FONTANA, si ritiene oggetto della decisione la *pronuncia di convalida del giudice tutelare* non solo nel caso di ricorso del sindaco ma anche in caso

di ricorso contro il provvedimento convalidato, il tribunale agirà comunque come giudice di secondo grado.

Conseguenza di queste diverse impostazioni è che secondo la tesi di PIZZI sarà possibile ricorrere in appello contro il decreto del tribunale che pronuncia sul ricorso contro il provvedimento convalidato, mentre non sarà possibile farlo nel caso di pronuncia sul ricorso contro la convalida; se si segue la tesi di FONTANA, invece, non sarà mai possibile ricorrere in appello, poiché il tribunale agirebbe sempre come giudice di secondo grado¹⁴²².

A norma dell'art. 742 c.p.c., inoltre, “i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca”.

2.3.3. La ricorribilità in Cassazione.

La ricorribilità in Cassazione contro la decisione del tribunale è ora pacificamente ammessa. Tra i primi commentatori vi è stato chi ha sostenuto il contrario, ritenendo che la tutela contro il provvedimento fosse limitata a due soli gradi di giudizio (il primo avanti al tribunale, il secondo alla corte d'appello), e che ciò non fosse in contrasto con l'art. 111 Cost., secondo cui “contro

1422 L'unico riscontro della questione che ho trovato in giurisprudenza è rappresentato dalla massima di una sentenza del Consiglio di Stato, che fa riferimento ad un “decreto della Corte di appello con il quale viene pronunciata, su reclamo dell'interessato, la revoca del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera”. Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 7 del 11 gennaio 1985, Fiorota c. Ministero della difesa.

le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge” (comma 7) asserendo che “la presente legge [n. 180 del 1978] non colloca la materia disciplinata nel regime di quella libertà”¹⁴²³.

E' però evidente come la Costituzione abbia la funzione di superare la disciplina legislativa quando questa non sia conforme al dettato costituzionale. Per questo le prime opinioni sono state presto superate¹⁴²⁴, ed il principio della ricorribilità in Cassazione è stato pacificamente ammesso anche dalla giurisprudenza. In questo senso bisogna citare la sentenza della Cassazione civile n. 6240 del 1998¹⁴²⁵, cui abbiamo fatto cenno anche *supra*. Essa dichiara ammissibile (ed accoglie) il ricorso avverso “il provvedimento del Tribunale, del Sindaco e del giudice tutelare” che hanno disposto e convalidato il TSO, in quanto nonostante l'art. 35 della legge 23-12-1978 n. 833 non preveda impugnativa avverso il provvedimento che il Tribunale emette, il ricorso per Cassazione “deve ritenersi proposto ai sensi dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione”. Il ricorso in Cassazione è insomma ammissibile “perché il provvedimento del Tribunale è di natura giurisdizionale, è definitivo in quanto insuscettibile di diversa impugnazione ed è decisorio su diritto soggettivo”, considerato altresì che “la Corte

1423 Così Pizzi, *Malattie mentali*, cit., pp. 28 s.

1424 V. già Fontana: “contro il decreto del tribunale, trattandosi di provvedimento sulla libertà personale, sia ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (...) ai sensi dell'art. 111, comma 2° Cost.”. Fontana G. L., *Commento all'art. 35, in Commentario alla l. 833/1978*, cit., p. 1279.

1425 Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998, n. 6240; v. anche Cass. civ. 18 agosto 2006, n. 18193.

costituzionale¹⁴²⁶ ha affermato che 'il provvedimento di ricovero coattivo di un soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale'¹⁴²⁷”.

2.3.4. *La motivazione del decreto del tribunale.*

Il decreto del tribunale, che accoglie o meno il ricorso avverso il provvedimento convalidato, deve essere adeguatamente motivato. In particolare, non può essere motivato solamente *per relationem* alla diagnosi fatta dai medici. Questo è un principio affermato pacificamente in giurisprudenza. In particolare lo enuncia la sentenza della corte di Cassazione da ultimo citata, che nota come, “poiché il provvedimento del Tribunale, basandosi sul rilievo che tutti i precedenti provvedimenti erano motivati correttamente 'per relationem' alle attestazioni sanitarie, contiene anch'esso tale motivazione, decisivo al fine della ricorrenza dei denunciati vizi è l'esame dell'art. 34 della legge 23-12-1978 n. 833”. Dall'analisi di questo articolo, emerge che esso, “al contrario del precedente art. 33, che per i trattamenti sanitari 'in generale' prevede soltanto che la relativa proposta sia motivata, (...) per i trattamenti sanitari 'per malattia mentale' prevede che il provvedimento che li dispone sia motivato specificamente” in ordine ai tre presupposti previsti dalla legge. Da ciò la corte deduce che “la motivazione deve essere specifica non solo nel senso che deve essere correlata a tutti quegli

1426 Corte cost., sent. n. 74 del 1968, analizzata nel cap. III.

1427 La Cassazione prende a riferimento questa sentenza nonostante essa si riferisse alla situazione normativa precedente la l. 180, in cui il 'provvedimento di ricovero coattivo' non era un TSO ma determinava l'internamento in manicomio”.

elementi peculiari richiesti nella norma, ma anche nel senso che tale correlazione deve essere concreta, e cioè che debba esplicitare che le condizioni richieste sussistano positivamente”. Alla luce di tali considerazioni, nel caso in esame¹⁴²⁸ la Corte ritiene evidente “il difetto assoluto di motivazione del provvedimento impugnato perché esso – motivato, come si è detto, 'per relationem' – non solo non

1428 In cui “con il primo motivo di ricorso, denunziandosi violazione di legge, si deduce che sono nulli il provvedimento del Tribunale, del Sindaco e del giudice tutelare perché il provvedimento disponente il trattamento sanitario obbligatorio costituisce provvedimento restrittivo della libertà personale eccezionalmente demandato ad autorità diversa da quella giudiziaria dalla legge n. [833/1978] e pertanto necessita di chiara e congrua motivazione, nella specie mancante perché gli indicati provvedimenti sono tutti motivati 'per relationem' al contenuto delle attestazioni sanitarie e queste sono a loro volta immotivate in quanto: la proposta non è basata su alcuna anamnesi, non è stata preceduta neppure dalla visita del paziente e non indica la impossibilità di alternative al trattamento obbligatorio; la convalida della proposta non è basata su alcuna anamnesi concreta e pertanto costituisce esplicitazione di riferimento ad uno stereotipo e non al oggetto concreto da valutare. Con il secondo motivo, denunziandosi vizio di motivazione, si deduce che il Tribunale non ha dato corso alle istanze istruttorie, intese a provare che il R. non era conosciuto dai servizi sociali locali come malato di mente e non era stato mai sottoposto a ricoveri ospedalieri per motivi psichiatrici, e che pertanto il provvedimento disponente il trattamento obbligatorio fosse sospetto perché adottato con particolare urgenza (erano stati sottoscritti nella stesa giornata la convalida della proposta e il provvedimento del Sindaco), tenuto altresì conto della circostanza, emergente dal verbale della camera di consiglio, che, nonostante il provvedimento del Sindaco fosse stato sottoscritto alle ore 21, alle ore 22 successive i vigili avevano telefonato al nosocomio di un 'probabile' provvedimento del genere”.

esplicita la ricorrenza di tutte le condizioni previste dalla disciplina normativa per l'adozione del trattamento sanitario obbligatorio, ma, in ordine alla sola condizione soggettiva (natura della malattia) alla quale fa riferimento contiene indicazioni che, come esattamente rileva il ricorrente, esprimono le manifestazioni di uno stereotipo assolutamente generico, anziché – come avrebbe dovuto essere – dello specifico soggetto”.

E' evidente come qui riemergano i problemi già affrontati in sede di analisi della pronuncia del g.t. di convalida o meno del provvedimento: su cosa effettivamente il giudice fonderà il suo convincimento? Da quanto abbiamo visto, non essendo il tribunale un organo specializzato, e non disponendo di competenze proprie in materia psichiatrica, tenderà ad affidarsi al giudizio dei medici, e a delegare di fatto a loro la decisione. In questo modo viene però meno la fondamentale funzione di garanzia che il giudice dovrebbe costituire.

Probabilmente, ed è quello che sembra avvenire nella prassi, più che sull'eventuale mancanza del requisito più strettamente 'medico' (la sussistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici) il tribunale concentrerà il suo sindacato su eventuali irregolarità formali del procedimento (ad es. violazione dei termini previsti per le comunicazioni), sull'assenza di visita del presunto infermo che dovrebbe essere posta a base della proposta medica di TSO¹⁴²⁹, sulla mancanza del requisito dell'assenza di consenso alle cure¹⁴³⁰ o sull'esistenza di idonee misure extraospedaliere¹⁴³¹. In

1429 Così Trib. Treviso, 21 giugno 2000, non pubblicata, richiamata dalla sentenza Trib. Venezia, 19 dicembre 2005, cit.

1430 Trib. Camerino, 29 aprile 1983, cit.

1431 Trib. Camerino, 29 aprile 1983, cit.: la terapia “non

alcuni casi, comunque, il tribunale si è espresso anche, entrando maggiormente nel merito dell'opportunità del TSO, sulla mancanza della finalità di cura del soggetto, o quanto meno della necessità del ricovero per portare avanti la terapia¹⁴³².

3. I presupposti del TSO in regime di degenza ospedaliera.

Fin'ora abbiamo prestato attenzione alla procedura di applicazione, accennando soltanto ai presupposti sussistendo i quali si possa disporre un TSO in regime di degenza ospedaliera, che sono elencati nel testo della legge 833, articolo 34, quarto comma, riportato *supra*. Approfondiamo ora anche questo aspetto, poiché per intenderne il significato non basta fermarsi alla mera lettura delle disposizioni normative: essi presentano gravi problemi, pratici e di costituzionalità. Cercheremo qui di evidenziarne i nodi maggiori.

Anzitutto, riportiamo anche qui i tre presupposti,

richiedeva necessariamente la degenza ospedaliera”.

1432 Trib. Camerino, 29 aprile 1983, cit.: “l'adozione del trattamento sanitario obbligatorio, oltre a meritare più adeguata motivazione a fronte di una misura di carattere eccezionale (...) non si manifestava come necessario, e (...) pertanto il difetto di presupposti di legge precludeva la convalida giudiziale dell'ordinanza sindacale”, poiché nel caso concreto dalla cartella clinica si apprendeva che vi era stato il “superamento della crisi nervosa subita dal medesimo” e vi era altresì la “palese volontà di consenso alla terapia”.

come enunciati nella legge:

1. devono esistere alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici;
2. questi non vengono accettati dall'infermo;
3. non vi sono le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere.

3.1. Le “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”.

Su questo presupposto è stato detto molto. Sia per criticarne la genericità, che per cercare di definirne il contenuto.

Quanto al primo punto, appare evidente come la vaghezza della formula utilizzata dal legislatore¹⁴³³, quasi tautologica, lascia una amplissima discrezionalità agli operatori. Vero è che in una materia come questa è difficile regolare per mezzo di una norma astratta situazioni che coinvolgono sensazioni ed opinioni, e che sono normalmente lasciate ai medici psichiatri, che con la loro scienza ritengono di poter individuare l'esistenza di una malattia nella mente di una persona, attraverso il suo comportamento o le sue parole. Sarebbero però necessarie delle regole più chiare anche in questo campo, in un contesto normativo come il nostro. Questo è del resto quanto richiesto dalla nostra Costituzione, che all'art. 32 dispone che “nessuno può essere sottoposto a trattamento obbligatorio se non per disposizione di legge”; la previsione legislativa, per essere conforme a Costituzione,

1433 Cfr. Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., p. 893; Castronovo C., in *La legge 180*, cit., pp. 613 ss.

potrà imporre solamente *determinati* interventi terapeutici: non invece un generico obbligo di curarsi, o di curare genericamente un certo tipo di malattie. Ricordiamo che questo è sostenuto pacificamente in dottrina, da autori tra cui CRISAFULLI, MODUGNO, VINCENZI AMATO, MORANA; queste tesi sono state approfondite nel cap. I, al quale rimandiamo. In particolare, CASTRONOVO affronta il problema con specifico riferimento alla l. 180, osservando che “sotto questo profilo, (...) la legge 180 si rivela un tradimento vieppiù patente della Costituzione, quanto più testuale è il riferimento a quest'ultima: (...) la legge (...) richiama infatti espressamente l'art. 32 2° co. Cost., ma la menzione si rivela parzialmente vuota di senso”, proprio perché “il legislatore ordinario si è limitato (...) a ribadire la possibilità che *certi* trattamenti sanitari siano obbligatori, senza indicare *quali* e in *quali ipotesi di fatto*. La costruzione della fattispecie, che è compito preciso del legislatore ordinario nelle ipotesi di riserva di legge, risulta totalmente elusa”¹⁴³⁴. Anche VINCENZI AMATO osserva che il ricovero coatto previsto dalla l. 833 non è un modello di trattamento, “quanto piuttosto uno strumento per l'applicazione di trattamenti che non vengono assolutamente identificati, né con riferimento alle malattie da curare, né con riferimento ai mezzi di cura”¹⁴³⁵.

Vi sono stati allora diversi tentativi di definire il contenuto di questo presupposto, cercando di capire quali debbano essere queste “alterazioni psichiche”. In merito a cosa possa essere definito 'urgenza' in psichiatria, in linea di massima “la terminologia medica distingue tra: un'*emergenza*, la quale richiede un pronto intervento, ma

1434 Castronovo C., in *La legge 180*, cit., p. 614 (corsivo mio).

1435 Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti sanitari nella l. 180*, in *Un altro diritto*, cit., pp. 172 s.

un'assistenza meno immediata, in quanto legata a situazioni di disagio e di disadattamento sociale che devono trovare una risposta al di fuori di quella psichiatrica; e un'*urgenza*, ovvero una situazione di sofferenza psichica acuta e grave che necessita di un intervento diagnostico e terapeutico immediato”. Più specificamente “si è tentato (...) di distinguere ulteriormente all'interno della generica categoria delle urgenze, quelle legate a un quadro psicopatologico – quali ad esempio disturbi depressivi, maniacali, d'ansia, scompensi deliranti – che necessitano di risposta psichiatrica (di vario tipo: terapia farmacologica; psicoterapia; proposta di ricovero e, soltanto come ultima spiaggia, il Trattamento sanitario obbligatorio), e quelle che richiedono invece una risposta socio-ambientale e/o assistenziale (non dunque un Trattamento sanitario obbligatorio ospedaliero o extraospedaliero), quali possono essere le situazioni psichiatriche croniche ma non acute, o le patologie organiche neurologiche”¹⁴³⁶.

Particolarmente controverso è se il criterio della pericolosità del soggetto possa o debba avere rilevanza nel valutare la sussistenza delle “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”.

1436 Sbordoni S., *Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio*, lavoro pubblicato in <http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/sbordoni/index.htm>, basato qui su quanto riportato in Casacchia M., Colombo G., Stratta P., *Psichiatria d'urgenza*, in *Trattato italiano di psichiatria*, a cura di Pavan L., Pancheri P., Cassano G.B., (Coordinatori), pp. 2745-2760.

3.1.1. La teoria che esclude la pericolosità dai presupposti del TSO.

Alcuni autori ed operatori partono dal presupposto che la l. 180 ha radicalmente modificato la disciplina previgente, abbandonando il custodialismo ed il concetto di pericolosità sociale; per questo motivo ritengono escluso, dai possibili motivi di ricovero, la “pericolosità a sé o ad altri”, espressione tipicamente usata nella disciplina previgente.

Esempio di impostazione di questo tipo si può rinvenire ad esempio nella direttiva della regione Emilia Romagna n. 1457 del 1989, la quale afferma: “la dizione 'alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici', (...) non è da intendersi nel significato di alterazioni in cui si manifesta una concreta pericolosità del malato, *in quanto il concetto di 'pericolosità' non può essere assunto quale ispiratore di un provvedimento terapeutico, ancorché obbligatorio*. Prova ne è che il TSO nei malati di mente non presuppone necessariamente lo stato di pericolosità”¹⁴³⁷, ricordando che “l'intervento sanitario è diretto esclusivamente alla cura della patologia”.

Secondo la direttiva “in psichiatria l'obbligatorietà è da ricercarsi non nell'esigenza di difesa sociale nei confronti del folle pericoloso, ma nell'interesse precipuo della collettività di recuperare, tramite un intervento sanitario, un proprio consociato affetto da grave patologia psichica ed incapace, in virtù di tale patologia, di autodeterminarsi liberamente. Lo psichiatra cioè sostituisce la volontà del singolo, inconsapevole della propria malattia, con la volontà della comunità di

1437 Corsivo mio.

implementare la salute collettiva tramite il ristabilimento di un suo membro ammalato”¹⁴³⁸.

Questa direttiva adotta l'idea per cui non vi deve essere commistione di 'cura' e di 'tutela della sicurezza'; idea che muove dal timore che questa commistione possa portare ad un improprio “controllo mentale”, in cui i c.d. pericolosi possono essere resi inoffensivi attraverso 'terapie', in un sistema che potrebbe giungere a 'curare' analogamente varie forme di dissenso dall'opinione politico-sociale dominante¹⁴³⁹.

1438 Per le critiche a questo tipo di impostazione, v. *infra*.

1439 Un paio di esempi: Cesare Lombroso nel 1894 pubblicava uno scritto intitolato “*Gli anarchici*”, in cui affermava che “i fautori più attivi di questa idea anarchica [sono] per la maggior parte o criminali o pazzi, o qualche volta l'una e l'altra cosa insieme”. Ora in *Riv. sper. freniatria*, n. 1, 2008, pp. 11 ss., spec. 14. (Antonucci G., *Critica al giudizio psichiatrico*, ed. Sensibili alle Foglie, 2005 (II ed.), p. 14: “Nel novecento, Gaetano Bresci uccise il re d'Italia dopo che il generale Bava Beccaris a Milano aveva sparato sulla folla affamata. (...) Si discuteva se l'anarchico Bresci fosse pazzo oppure no. Nessuno ha mai insinuato dubbi sulla salute mentale del generale Bava Beccaris per il semplice motivo che il generale rappresentava il potere, Gaetano Bresci, la dissidenza”). L'omosessualità, fino agli anni '80-'90, era considerata una malattia psichica e rientrava nel DSM dell'American Psychiatry Association (manuale diagnostico e statistico delle malattie mentali, uno degli strumenti diagnostici per disturbi mentali più utilizzati da medici, psichiatri e psicologi di tutto il mondo) fino al 1987. Il sito di “Educare al rispetto – Strumenti educativi e didattici per ridurre l'omofobia a scuola” (www.educarealrispetto.org/approfondire/omosessualita-e-una-malattia.asp) descrive la seguente evoluzione del concetto di omosessualità come malattia mentale: DSM I (1952): l'omosessualità è classificata ne 'I disturbi sociopatici di personalità'; DSM II (1968): l'omosessualità è considerata come

Coerentemente la direttiva non nega che vi possano essere situazioni nelle quali si è in presenza di comportamenti oggettivamente pericolosi; in quel caso però nega che la soluzione del problema sia di competenza della psichiatria: ove il problema è di sicurezza pubblica, e riguarda la pubblica incolumità, la competenza è delle forze di p.s. Pertanto la direttiva dà le seguenti indicazioni agli operatori psichiatrici: “può verificarsi (...) che l'operatore sanitario si trovi in presenza di comportamenti dissociati e di eventuali rischi di pericolosità. In detto caso

una 'deviazione sessuale' come pedofilia, necrofilia, feticismo, voyeurismo, travestitismo e transessualismo; DSM III (1974): l'omosessualità è rimossa come caratteristica diagnostica e ribattezzata 'omosessualità egodistonica', data dall'interiorizzazione dell'ostilità sociale; DSM III-R (1987): viene derubricata anche l'omosessualità egodistonica. Il sito www.obiettivo-chaire.it (che si propone obiettivi di segno nettamente diverso dal precedente) riporta che “sulla scia di questa decisione, l'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) l'ha cancellata dal suo manuale diagnostico, l'ICD (International Classification of Disease), nel 1991”. V. anche il sito dell'AGEDO (Associazione Genitori di Omosessuali, www.agedo.org). Noto però che un manuale di psichiatria (Gilberti F., Rossi R., *Manuale di psichiatria*, Padova, 2007, pp. 258 ss.) attualmente in uso negli atenei italiani, alla sezione “disturbi sessuali” tratta anche di “due aspetti della vita sessuale che rappresentano situazioni *non più inquadrabili nell'ambito della patologia, ma che si presentano con frequenza assai elevata e possono sconfinare in essa*” (corsivo mio), riferendosi a masturbazione e omosessualità: è evidente che non è stato del tutto abbandonata la loro 'patologizzazione' e medicalizzazione. In tema v. anche Rose N., *Disturbi senza confini? L'ambito sempre più allargato della pratica psichiatrica*, in *Riv. sper. freniatria*, n. 1, 2008, pp. 101-126, e Antonucci G., *Critica al giudizio*, cit., Bucalo G., *Dietro ogni scemo c'è un villaggio*, Ragusa, 1990 e Szasz T. S., *Il mito della malattia mentale*, cit.

si ritiene che, anche se la gestione di tali aspetti esula dalla competenza psichiatrica, non si possa correre il rischio della deresponsabilizzazione rispetto a tali comportamenti attraverso la negazione del problema, ma vada sempre valutata l'opportunità di segnalare la sussistenza di rischi specifici di particolare pericolosità connessi al preciso contesto sociale in cui si trova il sofferente psichico, agli organi preposti istituzionalmente alla prevenzione ed alla repressione di fatti-reati (forze dell'ordine, magistratura)”.

Altri autori confermano, sulla stessa linea, che la nozione di interesse collettivo che legittima l'imposizione di un TSO non può essere una riproposizione implicita del concetto di pericolosità del malato di mente, “che la 180 non menziona, ma che trova spazio nella maggior parte delle legislazioni straniere di interesse psichiatrico”¹⁴⁴⁰, ma deve considerarsi nel senso di salute “come bene sopraindividuale, cioè collettivo, interpretazione secondo noi ben più accreditabile alla luce dei principi informativi della legge 833”¹⁴⁴¹. Per gli A.A. nel TSO “il consenso sociale si sostituisce al consenso individuale non come delega sanitaria al controllo, ma come necessità di cura, recupero e riabilitazione dell'individuo malato, quale parte integrante della società. L'interesse collettivo e del singolo coincidono là dove, tramite l'opera del medico, responsabile di fronte alla legge della tutela della salute dei propri pazienti, il benessere fisico, psichico e sociale del singolo va ad implementare il bene della salute collettiva”¹⁴⁴².

1440 Ariatti R., Ferrari G., Fioritti A., *Il consenso alla cura in psichiatria*, in *Un altro diritto*, cit., pp. 249 ss.

1441 *Ibidem*.

1442 *Ibidem*. Per una critica a questa visione della salute del singolo in funzione del benessere della società si v. il cap. III.

Ancora, secondo altri autori, “il fondamento giuridico del trattamento sanitario obbligatorio può essere ricondotto solo all'esigenza di tutelare la salute del malato mentale che, a cagione della sua infermità, non è in grado di autogestirsi positivamente, rendendo necessario un intervento sanitario impositivo”¹⁴⁴³.

Al di là di quello che debba intendersi per interesse sociale legittimante i TSO, come ribadisce GIANNICHECKDA, in ogni caso “*la legge esclude che il T.O. possa essere uno dei mezzi per la gestione della pericolosità sociale. Quest'ultima resta problema del sistema penale, anche ove si presenti associata alla sofferenza psichica*”¹⁴⁴⁴.

3.1.2. *Le analoghe posizioni di parte della giurisprudenza.*

Posizioni analoghe sono accolte da parte della giurisprudenza, quando si trova a dover affrontare, per motivi diversi, la problematica relativa alla correlazione tra pericolosità sociale e TSO.

Particolarmente netta, sul punto, è Cass. civ., 20 giugno 2008, n. 16803, chiamata a giudicare sul ricorso proposto da parenti di una persona che era stata uccisa da un soggetto assolto in sede penale per incapacità di intendere e di volere, che chiedevano il risarcimento alla USL per non aver disposto TSO nei confronti dell'omicida. La Cassazione ritiene infondato il ricorso: “correttamente (...) la Corte genovese ha escluso che il t.s.o. assuma la

1443 Ponti G., Bovio L., *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?* in *Un altro diritto*, cit., p. 128.

1444 Giannichedda M. G., *Il consenso del malato di mente al trattamento*, in *Un altro diritto*, cit., p. 244.

funzione di salvaguardia della pubblica incolumità nei confronti di pazienti agitati o violenti: la lettera della legge è sul punto, di inequivoca chiarezza: 'il TSO può essere disposto 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'. (...) Risulta d'altra parte priva di tutela a carico del Servizio Sanitario l'esigenza di assicurare la pubblica incolumità che possa essere messa in pericolo dal malato mentale, poiché tale compito rientra tra quelli demandati in via generale agli organi che si occupano di pubblica sicurezza”.

Per la corte è dunque inammissibile la tesi prospettata nel ricorso, secondo la quale “il t.s.o. avrebbe dovuto essere comunque applicato in via precauzionale, attesa la gravità e la pericolosità della malattia”, poiché così si sarebbero completamente ignorati “i principi introdotti con la nuova legislazione del 1978 sulla malattia mentale, mediante il surrrettizio ripristino della custodia coattiva ed a tempo indeterminato del malato in una struttura chiusa”.

Similmente argomenta Trib. Venezia, 19 dicembre 2005, chiamato a giudicare sulla richiesta di risarcimento avanzata da una persona sottoposta a TSO illegittimamente. L'accertata illegittimità della procedura consisteva principalmente nel fatto che i medici proponenti non avevano visitato il soggetto, ed avevano altresì agito non per finalità di cura, ma nell'intento di evitare che questi commettesse azioni violente, in quanto questi aveva manifestato “negli ultimi anni alto tasso di litigiosità ed ancora irascibilità ed instabilità emotiva, con relative querele anche per danneggiamento”, possedeva un'arma e

ciò era “oggetto di preoccupazione, vivissima, della famiglia, in effetti sostanzialmente, *illo tempore*, nei giorni precedenti il t.s.o., rifugiatasi altrove”. Il tribunale ha accolto la domanda di risarcimento¹⁴⁴⁵ poiché “la legge vieta l'uso ovvero abuso del trattamento *de quo* alla stregua di strumento preventivo, a fronte di un generico *fumus* di pericolosità”. Un soggetto ritenuto pericoloso, prosegue il tribunale, “ben può essere soggetto passivo di misure cautelari tassativamente previste. Nella specie, nella concitazione degli eventi, tutti i soggetti coinvolti hanno evidentemente confuso lo strumento di fatto utilizzato con altri strumenti preventivi, volti ad evitare l'eventuale consumazione di fatti delittuosi ovvero autolesivi”.

Sottolinea inoltre che “i presupposti del t.s.o. non possono emergere *ex post*: essi devono essere valutati prima del ricovero coatto”. Infatti, “diversamente opinando, il che sarebbe assai grave, si rischierebbe di dare la stura a possibili abusi dell'istituto: ovvero utilizzare il t.s.o. (...) alla stregua di strumento preventivo di polizia e limitazione della libertà personale nei confronti di soggetti che abbiano manifestato dei disagi psichici e/o comportamentali. Davvero si tratta di un'interpretazione *contra legem*, incostituzionale ed inammissibile”. Questa pronuncia però, a differenza della prima, lascia uno spazio alla pericolosità del soggetto: non esclude radicalmente la sua rilevanza. Infatti, il giudice afferma che il t.s.o. non è strumento preventivo per tutelare l'interessato stesso o terzi, ma prosegue lasciando intendere che può in alcuni casi essere tale, seppur “solo in presenza di condizioni assolutamente rigorose e necessarie” (salvo però non specificare quali siano queste condizioni). La sentenza

1445 Liquidando, come danno non patrimoniale con riferimento al danno previsto *ex lege* per ingiusta detenzione, 100.000 euro.

sembra comunque affermare che il TSO può essere fondato sulla pericolosità, seppur solo nel caso in cui vi siano dati specifici ed attuali che dimostrino la concreta pericolosità del soggetto.

In sede penale, adotta questa impostazione una sentenza del tribunale di Trento, nella cui massima si legge che poiché “la legge n. 180 del 1978 ha espressamente abrogato i reati di omessa custodia e di omessa denuncia, in precedenza preveduti dagli art. 714 ss. c.p.”, vi è stata una svolta nella cura delle malattie mentali, che ha determinato la caduta della “vecchia equazione: malattia mentale-pericolosità, frutto di un pregiudizio pericolosamente scorretto”; e perciò “il trattamento sanitario obbligatorio si colloca ora in una *prospettiva esclusivamente terapeutico - sanitaria, per cui non può essere disposto per ragioni di contenimento e di sorveglianza*”¹⁴⁴⁶.

Anche la Corte Costituzionale¹⁴⁴⁷ ha avuto modo di intervenire in tema, in un giudizio in cui la Provincia di Bolzano lamentava l'illegittimità costituzionale della l. 180/1978, che attribuiva ai sindaci la competenza in materia di TSO, mentre lo Statuto del Trentino Alto Adige, art. 20, prevedeva che “le attribuzioni spettanti all'autorità di pubblica sicurezza previste dalle leggi vigenti, in materia di (...) malati di mente” fossero attribuite ai presidenti delle Giunte provinciali. La Corte dichiara infondato il ricorso, tra altri motivi perché “v'è stato un mutamento profondo nella concezione giuridica della malattia mentale e del conseguente trattamento da riservare a chi ne è colpito, che ha avuto il suo esito

1446 Trib. Trento, 29 luglio 2002, in *Riv. pen.*, 2003, p. 346 (corsivo mio).

1447 Corte cost., sentenza 25 febbraio 1988, n. 211.

legislativo proprio nell'impugnata legge 13 maggio 1978, n. 180. Con quest'ultima il trattamento dei malati di mente è stato *trasformato da problema di pubblica sicurezza a problema essenzialmente sanitario o di reinserimento sociale* del paziente. Di modo che, mentre *i poteri di pubblica sicurezza esercitabili in tale materia si assottigliano enormemente o scompaiono*, quelli attinenti agli accertamenti e ai trattamenti sanitari obbligatori vengono riclassificati e attribuiti ai sindaci”¹⁴⁴⁸.

3.1.3. La teoria che afferma la rilevanza della pericolosità come presupposto dei TSO.

A fronte di questa impostazione, che come abbiamo visto sottolinea il radicale abbandono dell'impostazione custodialistica, vi sono però molte voci che sostengono che, pur essendo venuta meno l'equazione malattia mentale-pericolosità, per cui il sofferente psichico subirebbe una sorta di presunzione di pericolosità, questa abbia comunque una parte importante nel definire il concetto di “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”.

Vi sono diverse tesi che affermano questo, e tra alcune di esse vi sono notevoli differenze di prospettiva.

Nei primi anni successivi all'emanazione della 180 e della 833, nel contesto di una visione critica della legge (per cui le norme della legge, pur avendo il merito di “avere eliminato l'ormai preistorico sistema psichiatrico” avrebbero il difetto “di essere state emanate in modo affrettato, di essere impregnate di idealistico ottimismo e

1448 Corsivo mio.

di avere suscitato difficoltà applicative”¹⁴⁴⁹) INTRONA ha affermato che “mentre in passato esisteva l'erronea equazione 'malato di mente = malato pericoloso', oggi sembra essersi radicata l'altrettanto erronea equazione inversa 'malato di mente = malato non pericoloso’”¹⁴⁵⁰. In realtà, l'avvenuto ridimensionamento di una concezione tradizionale “non giustifica (...) un indiscriminato ottimismo: il malato di mente non è sempre pericoloso ma tuttavia *può* esserlo”. Del resto, “il concetto di 'urgenza' in medicina è connesso al concetto di 'pericolo' (per il malato), sì che anche in psichiatria (branca specialistica della medicina) può ricorrere l'urgenza con la variante che il pericolo esiste per il malato stesso (...) e/o per gli altri”¹⁴⁵¹. Pertanto, l'A. conclude che “anche se le nuove norme evitano accuratamente di aggettivare come 'pericolosi' taluni malati di mente, resta la realtà dei fatti secondo cui taluni malati di mente continuano ad essere 'pericolosi' pur dopo l'emanazione delle nuove norme”¹⁴⁵².

Anche FIORI ha affrontato questo problema, esprimendo le sue opinioni in un saggio piuttosto critico verso la riforma del 1978¹⁴⁵³. Anzitutto egli tenta di definire il concetto stesso di malattia mentale, cui fanno riferimento gli artt. 34 e 35 della l. 833/1978. Secondo l'A. si può considerare 'malattia mentale' “qualsiasi alterazione psichica acuta, subacuta, cronica ed anche 'abituale' (nel senso medico-legale di questo aggettivo), la quale da sola,

1449 Introna F., risposta in *Lettere al direttore*, in *Riv. it. med. legale*, 1980, pp. 12 ss.

1450 *Ibidem*, p. 13.

1451 *Ibidem*.

1452 *Ibidem*.

1453 Fiori A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, pp. 535-555.

od in concorso con altra patologia non psichica, antecedente, contemporanea e sopravvenuta, locale e generale, richieda assistenza medica, temporanea o protratta, volontaria od obbligatoria”. Notiamo che seppur si tenti una maggior grado di specificazione rispetto al testo della legge, si finisca anche qui per ricadere in una sorta di tautologia: la malattia mentale che richiede cure è quell'alterazione psichica che richiede assistenza medica.

Per quanto riguarda il presupposto della pericolosità, FIORI afferma che “il concetto di pericolosità a sé o agli altri, che per molti ha determinato un nevrotico rigetto al punto da essere bandito dal linguaggio tecnico corrente, non è affatto svanito con l'abrogazione nella legge 14 febbraio 1904 n. 36. La legge 180/1978 e la legge 833/1978 hanno certo interrotto l'equazione 'pericolosità a sé ed agli altri' – 'custodia' intesa come *custodialismo obbligatorio e protratto* – ma non hanno eliminato né potevano eliminare quelle manifestazioni della malattia mentale che danno luogo a dei comportamenti che, non presi adeguatamente in considerazione nella fase diagnostica, (...) nel corso della terapia domiciliare od ospedaliera (...) possono configurare responsabilità colposa dello psichiatra ove ne consegua danno”¹⁴⁵⁴.

In definitiva, per l'A., la *pericolosità per gli altri* continua ad essere un presupposto del ricovero; la differenza rispetto al passato consiste nella necessità di accertarla caso per caso, senza presumerla in astratto. La *pericolosità per sé* invece è intesa da FIORI in senso molto ampio, tanto da distaccarsi, sembra, dall'opinione prevalente. Egli ritiene che nella pratica psichiatrica “in essa si deve comprendere non soltanto l'autolesionismo attivo (e passivo) fino al suicidio, (...) ma anche ogni

1454 *Ibidem*, p. 544.

forma di incapacità di autoaccudirsi e lasciarsi accudire in ragione della malattia mentale: così nel caso di malattie organiche associate, acute e croniche, di anoressia psichica e così via”¹⁴⁵⁵.

FIORI, conseguentemente, riguardo al significato del concetto di “alterazioni psichiche tali da...” ritiene che “la ipotesi vera e sostanziale [sia] rappresentata dalla pericolosità a sé e/o agli altri, con la sola precisazione che la pericolosità a sé deve e può intendersi nel senso allargato che abbiamo in precedenza delineato: può trattarsi dunque anche della opposizione del malato ad una cura medica in carenza di manifestazioni psichiatriche acute e conclamate, ma in presenza ovviamente di una incapacità di intendere il proprio stato di malattia organica e di volervi provvedere”¹⁴⁵⁶.

Sotto questo profilo, ancora sembra che l'A. adotti una visione eccessivamente ampia di pericolosità a sé: qui si spinge a ritenere sottoponibile a TSO una persona che *non abbia particolari sintomi di disturbo psichico*, quando rifiuti la cura di un proprio stato di malattia. Certo, l'A. specifica che si deve comunque essere “in presenza di una incapacità di intendere il proprio stato di malattia organica”, ma questo sembra un confine piuttosto labile, e da qui a ravvisare nel rifiuto *in sé* di curare una malattia organica l'incapacità di intendere il proprio stato di malattia, la strada è breve. Questo argomento sarà comunque trattato più approfonditamente più avanti.

Per quanto riguarda il requisito dell'*urgenza*, FIORI constata – con un certo disappunto – che esso “ha (...) evidentemente la finalità di costituire ulteriore remora scoraggiante il trattamento sanitario obbligatorio” ed “è

1455 *Ibidem*.

1456 *Ibidem*, p. 547.

requisito un po' limitativo e discutibile". Egli trova che contrasti in taluni casi "con le reali e primarie necessità del malato"¹⁴⁵⁷. Ritiene quindi che dovrebbero essere queste "reali necessità", e non già l'urgenza in quanto tale, a determinare l'obbligatorietà del trattamento, poiché "esistono casi (...) in cui il malato di mente (...) ha bisogno di terapia ospedaliera [non con carattere di urgenza ma] di ragionevole dilazionabilità: si pensi all'anoressia psichica nello stadio intermedio, al diabete, alla cardiopatia del malato di mente e così via"¹⁴⁵⁸. Per questo auspica che questo limite venga corretto e sostituito "da termini più ampi suscettibili di interpretazione elastica".

Mi sembra che il limite dell'urgenza, proprio perché volto a limitare i casi di TSO, sia stato scelto consapevolmente dal legislatore, venendo ad esprimere parte dello spirito della legge. Bisogna almeno essere consapevoli del fatto che una sua correzione comporterebbe un cambiamento sostanziale nella disciplina dei TSO. D'altro lato mi sembra che per includere talune situazioni cui fa riferimento l'A. non sia necessario sostituire il termine, potendo forse bastare un'interpretazione non restrittiva dello stesso.

Vi è d'altro lato chi, come VINCENZI AMATO e PALERMO, ritiene ugualmente che la *pericolosità* debba essere un requisito per l'applicazione dei TSO, ma segue un ragionamento diverso e porta altre motivazioni a sostegno della tesi. PALERMO parte dal presupposto che i

1457 *Ibidem*.

1458 *Ibidem*. Qui come in alcuni passi sopra citati vediamo che Fiori sembra ritenere pacificamente possibile applicare il TSO per la cura di malattie *organiche*, sicuramente nei confronti di persone considerate 'malate di mente', ma, forse, non solo. Più avanti vedremo come ciò non sia affatto pacifico, quantomeno in questi anni, ed anzi per lo più sia negato.

trattamenti sanitari (di qualsiasi tipo siano) non possono essere imposti al singolo nel suo solo interesse (in base all'art. 32 Cost.), dovendo sussistere anche un interesse collettivo “che verrebbe compromesso dal rifiuto a curarsi”, e “tale da giustificare il sacrificio della libertà del singolo all'autodeterminazione”¹⁴⁵⁹. Conseguentemente, pur essendo stata abbandonata la vecchia concezione della malattia mentale (che metteva al centro pericolosità e custodialismo), l'A. ritiene che “nel dare una nuova e diversa disciplina della cura della malattia mentale non si poteva non tener presente che la stessa, in alcuni casi, reca in sé aspetti di pericolosità comportamentale”¹⁴⁶⁰; ed è per tali casi che a suo avviso è stato introdotto il TSO per malattie psichiatriche. Si può notare che PALERMO non si interroga specificamente su quale possa essere il contenuto dell'interesse collettivo, se alla *salute* oppure anche alla *sicurezza*¹⁴⁶¹; la distinzione però può avere importanti conseguenze.

Se ne occupa invece VINCENZI AMATO. L'A. applica al caso dei TSO psichiatrici la teoria enunciata anni prima

1459 Palermo E., *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persona affetta da malattia mentale*, in *Riv. it. med. legale*, 1981, p. 339.

1460 *Ibidem*, pp. 340 s.

1461 Palermo afferma unicamente che “la pericolosità che sta alla base dell'imposizione non può più essere la generica pericolosità sociale (che aveva, di fatto, portato a parificare il trattamento del malato di mente ad una misura *ante-delictum*), ma solo la concreta pericolosità alla salute collettiva”. L'A. intende la 'salute collettiva' “non come 'non malattia', bensì, più in generale, (...) come 'uno stato completo di benessere fisico mentale e sociale’” (*ibidem*, p. 341); anche questa definizione però, a mio parere, non vale a giustificare l'equiparazione salute-sicurezza.

trattando di libertà personale e trattamenti sanitari¹⁴⁶²: come abbiamo visto, a suo parere l'applicazione coattiva o sostanzialmente coattiva di un trattamento sanitario è legittima solo ove “la salute di uno metta in gioco quella di tutti: qui, infatti, non si avrà più contrasto tra la volontà del singolo, da un lato, ed un contrapposto generico 'interesse' dall'altro, bensì tra la volontà del singolo ed il diritto alla tutela della propria salute degli altri componenti della collettività”¹⁴⁶³. In altre parole, il trattamento sanitario coattivo, per VINCENZI AMATO, “si giustifica solo in presenza di malattie contagiose”¹⁴⁶⁴.

Collocando in questo contesto la malattia mentale, ci si trova in difficoltà a sostenere che essa metta in pericolo la *salute* collettiva (una volta assodato che non è corretto far coincidere l'interesse alla salute collettiva con l'interesse della società a che i suoi membri siano sani e produttivi¹⁴⁶⁵). Alcuni osservano che in alcuni casi la 'malattia mentale' può mettere in pericolo l'integrità fisica o la vita altrui, e con ciò automaticamente anche la salute collettiva. In primo luogo però bisogna tenere presente che questa affermazione è da tempo oggetto di discussione e che gli studi in materia giungono a conclusioni discordanti: come minimo (su questo i diversi studi concordano) bisogna evitare di immaginare un generico aumento di aggressività e violenza tra le persone con disagio psichico, poiché spesso invece il tasso di aggressività non è più alto tra i disturbati psichici rispetto ai 'normali'. Sembra possibile collegare comportamenti aggressivi ad un

1462 Sulla quale v. *supra*, cap. III.

1463 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit.

1464 Vincenzi Amato, *ibidem*, note 2 e 3.

1465 Su ciò si v. le argomentazioni riportate nel cap. III.

numero molto alto di variabili¹⁴⁶⁶, e non ad una data 'malattia mentale' *in quanto tale* un certo grado di pericolosità¹⁴⁶⁷.

In secondo luogo, ritenere che la minaccia all'integrità fisica o alla vita costituisca pericolo per la *salute*¹⁴⁶⁸ presuppone un concetto davvero molto ampio di 'salute': forse troppo se, come sembra più corretto, si vogliono tenere distinti i concetti di sicurezza pubblica e di sanità¹⁴⁶⁹. Se "si parte dalla premessa che la malattia

1466 Fattori ambientali, storia personale, dipendenza da alcool o sostanze stupefacenti, reazione a comportamenti aggressivi altrui...

1467 Sui tassi di aggressività, criminalità, violenza nelle 'popolazioni psichiatriche' rispetto al gruppo dei 'normali' vi sono numerosi studi, che giungono quasi ognuno ad una conclusione diversa, così che riesce difficile farsi un'idea della 'realtà'. Alcuni studi, in cui si trova abbondante ulteriore bibliografia, sono: Greco O., Maniglia R., *Malattia mentale e criminalità*, in *Rass. it. criminologia*, I, 2007, pp. 111-129; Catanesi R., Carabellese F., Guarino F., *Analisi del comportamento violento in una popolazione di pazienti psichiatrici di Puglia e Basilicata*, *ibidem*, pp. 43-79; Ferrannini L., Peloso P. F., *Il comportamento violento in psichiatria e il disturbo antisociale di personalità: problemi e prospettive nell'intervento del dipartimento di salute mentale*, *ibidem*, 2000, pp. 423 ss.; Terzi M. G., *In tema di pericolosità sociale psichiatrica*, *ibidem*, 1993, pp. 367 ss.; Nivoli G., Loretto L., Sanna M. N., *Malattia mentale e comportamento violento: psicodinamica e criterio prognostico imminente, condizionale e generico*, in *Rass. it. criminologia*, 1993, pp. 299 ss.; Poli E., Tanini A., *Omicidi folli: studio clinico sul rapporto tra malattia mentale e omicidio*, in *Riv. sperim. freniatr.*, n.1, 1987, pp. 147-159; Intronà F., risposta in *Lettere al direttore*, cit., p. 13.

1468 Come ad es. Pizzi, *Malattie mentali*, cit.

1469 Su ciò si rimanda ancora al cap. III e ad Algostino, *I possibili confini*, cit., p. 3215, nota 26.

mentale non è diversa dalle altre (e questa è chiaramente la premessa della l. 180) non si può che concludere che, al pari delle altre, non può essere curata contro la volontà del paziente, salvi i casi in cui la stessa malattia minacci la salute degli altri: la salute, si badi bene, non la sicurezza e nemmeno la vita e la integrità fisica, che richiedono altri tipi di protezione”¹⁴⁷⁰.

In questo contesto dunque, secondo VINCENZI AMATO, mancando la finalità di tutela della salute pubblica, il manicomio si poteva in un certo senso giustificare solo ove si affiancasse alla finalità terapeutica (che era del resto pressoché assente) la finalità custodialistica e di sicurezza sociale che in effetti aveva; se quest'ultima fosse venuta meno, ragionava nel 1976 l'autrice, la privazione della libertà degli internati in manicomio si sarebbe retta unicamente sulla finalità di curarli nel loro solo interesse: sarebbe stata perciò incompatibile con l'art. 32 Cost. e con il principio personalistico sotteso alla Costituzione.

La disciplina introdotta dalla l. 180, dunque, come può considerarsi conforme a Costituzione, avendo abolito l'aspetto custodialistico? Chiamata a riflettere su questa problematica alcuni anni dopo l'emanazione della l. 180, VINCENZI AMATO risponde, coerentemente, che la disciplina dei TSO può essere conforme a Costituzione solo se mantiene una funzione almeno parzialmente custodialistica: “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

1470 Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti sanitari nella l. 180*, in *Un altro diritto*, cit., pp. 176 ss.

manicomiale¹⁴⁷¹. (...) Che di custodia si tratti, è ben presente nella stessa 180, che solo per questo particolare tipo di trattamento richiede (...) l'intervento della autorità giudiziaria^{1472»,1473}.

Questa è conclusione a mio parere coerente; una forte perplessità però riguarda la legittimità di trattare con interventi *sanitari* (che possono consistere anche in interventi fisici anche molto 'pesanti' come l'elettroshock¹⁴⁷⁴ e gli psicofarmaci¹⁴⁷⁵), un soggetto che si

1471 “Là dove questo isolava ed emarginava per un tempo indefinito, il ricovero attuale ha il carattere transitorio che si concilia con il fine di superare l'acuzie e di riportare il paziente in uno stato di quasi normalità (quello compatibile con il suo disturbo psichico), onde poterlo reinserire nel suo ambiente e curare, con il suo consenso, presso strutture esterne”. *Ibidem*.

1472 “Non è così per i lebbrosi o i sifilitici; così è invece, ed è sintomatico, per le persone dedite agli stupefacenti, che pongono un problema di sicurezza distinto da quello specifico della tutela della salute altrui” *Ibidem*.

1473 Così Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti*, cit.

1474 Non si pensi che sia ormai in disuso: è del 21 febbraio 2008, ad esempio, l'avvio di una petizione per il Ministero della salute per “incoraggiare nel nostro paese l'uso dell'elettroshock” (che comunque non ha mai cessato di essere praticato), i cui firmatari sono noti psichiatri italiani, secondo quanto riportato dai maggiori mass media: v. ad esempio *Corriere della Sera*, 15.2.2008, *Appello degli psichiatri: torniamo all'elettroshock per le depressioni gravi*.

1475 Sugli psicofarmaci v. ad es.: Bonnier Y., Andreoli M.V., et al., *Farmaco buono o cattivo? Opinioni di un gruppo di utenti*, in *Riv. sper. freniatria*, n. 3, 2004; Tognoni G., Terzian E. (Cosorzio Mario Negri sud), *Epidemiologia dell'appropriatezza e della sicurezza dei trattamenti farmacologici nella pratica assistenziale dei Servizi Psichiatrici Territoriali*, *ibidem*, n. 3, 2007, Soreca I., Fagiolini A., *Psicofarmaci e disfunzioni sessuali: meccanismi, prevalenza e gestione clinica*, *ibidem*, n.

ritiene mettere in pericolo l'*incolumità* pubblica, se si ritiene che la privazione di libertà nei suoi confronti sia possibile solo in ragione di questa pericolosità, e non della sua 'malattia'.

Altri autori, invece, ritengono che la pericolosità sia parte fondamentale dei presupposti di applicazione del TSO, più che altro per ragioni pratiche. Ad esempio CASTRONOVO critica l'interpretazione proposta dalla direttiva dell'Emilia Romagna, poiché se si esclude l'esigenza di reagire alla pericolosità, non rimarrebbe nient'altro “per giustificare in nome della società l'intervento coattivo nei confronti del malato di mente”. L'A. afferma di comprendere “l'orrore per la categoria pericolosità, ma solo per il fatto che in passato essa è stata intesa come un tutt'uno indifferenziato che accomunava sciaguratamente devianza e malattia mentale evocando l'idea connessa di difesa sociale, che è piuttosto quella che occorre abbandonare alla criminologia e al diritto penale. Una volta guadagnata la distinzione necessaria, nella concezione e nei mezzi, tra l'una e l'altra pericolosità (...) mi pare altrettanto onesto non bandirla dal linguaggio analitico, con il rischio (...) di sotterfugi linguistici che non tengono più quando sia necessario chiamare le cose con il loro nome”¹⁴⁷⁶. Questo autore però non ritiene necessario,

1, 2006; Whitaker R., *Argomenti a sfavore dei farmaci antipsicotici: più danni che benefici in 50 anni d'impiego*, in *Medical Hypotheses*, 2004, 62, pp. 5-13, diffusione a cura dell'Osservatorio Italiano Salute Mentale. Sul punto v. anche *supra*, cap. I, sez. II, par. 3, anche per ulteriori riferimenti bibliografici prevalentemente tratti dalla letteratura anglosassone.

1476 Castronovo C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori* (relazione al convegno “I problemi giuridici dell'assistenza psichiatrica dopo

per rispettare la Costituzione, assumere la pericolosità a requisito: egli nega che i TSO per essere imposti debbano per forza tutelare un interesse pubblico oltre alla salute del singolo; il diritto alla salute “non appartiene a quei diritti di libertà, la cui tutela la legge può approntare solo con misure di tipo esterno, pena la negazione della stessa libertà: si tratta invece di un diritto sociale [e perciò] viene tutelato [pur quando] l'interesse collettivo non sia immediatamente implicato”. Secondo l'autore, in questo senso deporrebbe anche lo stesso art. 32 Cost., che a fondamento della legittimità di un trattamento sanitario imposto richiede soltanto la disposizione di legge ed il rispetto della persona umana, non anche il ricorrere di un interesse della collettività¹⁴⁷⁷.

BLASI e FERPOZZI si uniscono nelle critiche all'impostazione data dalla direttiva emiliana. Secondo gli A.A., “per quanto concerne le malattie mentali, il pericolo per la salute altrui deve derivare necessariamente dai comportamenti patologici dei malati improntati a violenza ed aggressività”¹⁴⁷⁸. A ciò aggiungono che per l'individuo affetto da malattia mentale si prospetta il problema della sua incapacità a determinarsi¹⁴⁷⁹, e pertanto “il pericolo di

la l. 180”, Regione Emilia Romagna, Bologna, 2-3 aprile 1990), in *Jus*, 1990, pp. 191 ss.

1477 *Ibidem*, p. 193.

1478 Blasi B. e Ferpozzi E., *Trattamenti sanitari obbligatori per malati mentali. Note critiche sulla normativa vigente e sul disegno di legge governativo del 1990*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pp. 1064 ss.

1479 Vincenzi Amato afferma, riferendosi ad un problema in parte diverso, ma che presenta alcune affinità con quello che stiamo trattando: “Mi consento [di] osservare che non sarebbe corretto riferire la diversità di garanzie per i trattamenti obbligatori di malattie fisiche e per quelli invece legati a malattie psichiche o

danno alla salute sussiste (...) soprattutto per lo stesso soggetto ammalato, al quale la Repubblica deve garantire il diritto alla salute, anche attraverso misure coattive”¹⁴⁸⁰. La malattia mentale dunque, nella loro opinione, per poter essere curata coattivamente deve necessariamente avere la caratteristica della pericolosità¹⁴⁸¹.

Tesi come quella proposta dalla direttiva emiliana (per la quale, ricordiamo, “in psichiatria l'obbligatorietà è da ricercare nell'interesse precipuo della collettività a recuperare, tramite un intervento sanitario, un proprio consociato affetto da grave patologia psichica”) privilegiano “in maniera allarmante” un interesse sociale che la Costituzione pone “solo in subordine al primario

all'abuso di stupefacenti, ad un disturbo della volontà che inciderebbe sul consenso; e non solo perché, e giustamente, la 180 e la 685 partono dal presupposto che una capacità di consentire vi sia, anche nel malato di mente o nel drogato, ma anche perché il problema della capacità a consentire riguarda qualunque malattia e qualunque trattamento, e non sembra si sia orientati a risolverlo attraverso un intervento sostitutivo del giudice”. Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti sanitari*, cit., p. 179.

1480 Blasi B. e Ferpozzi E., *Trattamenti sanitari*, cit.

1481 Che però gli autori hanno cura di distinguere dal concetto di 'pericolosità a sé e agli altri' presente nella legge manicomiale del 1904, la quale “considerava la malattia mentale secondo un'ottica meramente coercitiva e custodialistica”. Il concetto di pericolosità da loro proposto “viene ad essere valutato secondo una visione chiaramente garantista della tutela della salute di tutti i consociati, tra cui, in primo luogo, gli stessi ammalati mentali”, il che “consente di eliminare qualsiasi sospetto o atteggiamento prevenuto sul termine stesso di 'pericolosità’”. La confusione concettuale legata al termine ha impedito, secondo gli A.A., al legislatore di chiarire in maniera non equivoca quali dovessero essere le caratteristiche della malattia mentale suscettibili di TSO. *Ibidem*, p. 1065.

interesse relativo al diritto alla tutela della salute di cui l'individuo deve essere il solo titolare”¹⁴⁸².

Secondo BLASI e FERPOZZI, in definitiva, le “alterazioni psichiche tali...” richieste dalla legge devono intendersi come “caratteristiche tali da mettere in pericolo la salute dei consociati oppure la salute dell'ammalato stesso”¹⁴⁸³; non vanno intese esclusivamente come “urgenze psichiatriche”¹⁴⁸⁴ in termini clinici, poiché ciò escluderebbe “patologie croniche che possono invece presentare quei requisiti di pericolosità indicativi per la necessità del trattamento sanitario obbligatorio”¹⁴⁸⁵. Questi autori dunque hanno cercato di riempire di contenuto l'espressione usata dalla legge, riuscendovi, credo, solo in parte: è lasciato infatti aperto il problema che concerne la *misura* della gravità e della attualità del pericolo sorto, e la sua *natura* (ad esempio, fino a che punto una scarsa cura di sé mette 'in pericolo' una persona? Come si distingue tra consapevole scelta di esporsi ad un pericolo e comportamento inconsapevole causato da 'delirio', o da qualche forma di 'disturbo psichico'?). Inoltre, per quanto riguarda le patologie croniche, ritenere che rientrino 'automaticamente' nei concetti di pericolosità ed urgenza, come sembrano accennare le affermazioni degli A.A. (seppur non chiaramente) non sembra giustificato: è necessario in ogni caso valutare la presenza di tutti i presupposti in concreto.

Recentemente, FORNARI ha affrontato questo tema, occupandosi di esso¹⁴⁸⁶ sotto l'aspetto delle *finalità* per cui

1482 *Ibidem*.

1483 *Ibidem*, p. 1066.

1484 Intendendo con ciò “quegli stati psicopatologici acuti, gravi e che hanno necessità di immediata sedazione”. *Ibidem*.

1485 *Ibidem*.

1486 Con lo sguardo dello psichiatra, più che del giurista, e

può essere messo in atto un TSO, aspetto che è strettamente legato a quello dei presupposti ed in particolare a quello della pericolosità, e che per ciò proponiamo in questa sede. Egli rileva che è “tutt'altro che infrequente (...) che il carattere di urgenza discenda dall'entità dell'allarme sociale destato dal paziente piuttosto che dalla gravità della sua patologia; dalla paura che tuttora il 'matto' suscita tra la gente, depositaria di secolari pregiudizi difficilissimi da sradicare¹⁴⁸⁷. (...) Ecco

proprio per ciò di notevole interesse (il punto di vista di chi è più operativamente vicino alle situazioni di cui stiamo trattando è sicuramente prezioso, oltre a dare utili indicazioni sulla direzione in cui si muove la prassi).

1487 In questo senso v. anche Sbordoni S., *Devianza primaria e devianza secondaria*, cit.: “l'elemento più inquietante è l'insinuazione più o meno velata dell'operare nella realtà dei fatti, e nella pratica quotidiana, non più del criterio della pericolosità (o per lo meno non sempre), quanto di un nuovo parametro per valutare l'urgenza e stabilire il limite oltre il quale inoltrare una proposta di Trattamento sanitario obbligatorio: il grado di sopportazione e il quoziente di tolleranza esistente rispetto al soggetto nel suo ambiente. Non a caso *ciò che sembra caratterizzare la richiesta di trattamento sanitario obbligatorio non è tanto il quadro clinico, quanto piuttosto aspetti socio-ambientali-relazionali di forte tensione ed insofferenza*. L'urgenza psichiatrica, a differenza di quella medica, nascerebbe in stretta correlazione al contesto ambientale, in specie familiare, nel senso che, minore è la tolleranza e l'aiuto fornito da tale contesto, maggiori sono le probabilità che una condizione psichiatrica si trasformi in un'urgenza. Ecco il motivo per cui sovente il ricovero potrebbe rappresentare una risposta soprattutto alle richieste di aiuto provenienti dalle persone vicine al paziente e/o una via di uscita alle inadeguatezze del servizio psichiatrico territoriale. (...) I due aspetti – insofferenza sociale e familiare, inefficienza e carenza delle strutture extraospedaliere – risultano in concreto

quindi che molte richieste di trattamenti sanitari urgenti coincidono con esigenze di controllo e di neutralizzazione, più che di assistenza e di cura. (...) Eppure gli psichiatri (...) sanno come sia tutt'altro che infrequente la situazione in cui *ascoltare* con pazienza e disponibilità e *parlare* tranquillamente con il paziente sia atteggiamento molto più importante, anche se più oneroso e complesso, che *intervenire*”¹⁴⁸⁸.

L'A. ribadisce che il TSO per legge ha come fine primario la tutela della salute collettiva, ma che questa tutela non può mai essere disgiunta dall'interesse primario

strettamente collegati. (...) In Italia, nella messa in atto della riforma e dei suoi principi, si [è] posto esclusivamente attenzione 'in modo assolutamente ambiguo e perverso, da un lato alla garanzia della libertà personale (non intervento) ed, all'estremo opposto, al trattamento sanitario obbligatorio. A ciò corrisponde la proliferazione dei servizi psichiatrici di diagnosi e cura e la scarsa realizzazione dei servizi territoriali integrati. Questo perché (...) le modalità attraverso cui si pone attenzione al malato di mente sembrano soggiacere ad un sistema binario'. Ovvero 'Da un lato il non intervento, l'abbandono', i quali determinano fra l'altro l'esclusione dalla famiglia, dal contesto sociale o dal lavoro, 'dall'altro, ove l'abbandono conduca a situazioni di allarme sociale, di attentato alla proprietà privata, di disturbo alle altrui libertà, scatta l'intervento di legge coattivo, repressivo, o comunque lesivo della libertà individuali'” (corsivo mio). I brani citati sono di Dell'Acqua G., Mezzina R., Cogliatti M. G., *Lesioni e minacce alla salute psichica*, in *Un altro diritto*, cit., pp. 808-809.

1488 Così Fornari U., *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori sotto il profilo del rapporto medico-paziente: il problema della scelta*, in *La responsabilità del medico in psichiatria, Problematiche etiche, deontologiche e medico-legali*, a cura di Jourdan S. e Fornari U., Napoli 1997, p. 62. V. anche, dello stesso autore, *Il trattamento del malato di mente*, cit., pp. 358 ss.

del bene 'salute individuale'. Perciò “è da bandire dall'intervento medico ogni aspetto che persegua fini di esclusivo controllo e non tenga nella dovuta considerazione le coesistenti, prioritarie (...) esigenze sanitarie. (...) L'interesse della collettività non potrà mai essere tale da costringere lo psichiatra a trasformarsi in un agente del controllo sociale o in un tutore della sicurezza fisica dei suoi concittadini”¹⁴⁸⁹.

3.1.4. La giurisprudenza che accoglie la tesi della pericolosità come presupposto dei TSO.

Abbiamo visto *supra* che alcune sentenze civili, recentemente pronunciate, hanno escluso piuttosto nettamente che la pericolosità potesse legittimare l'applicazione di un TSO (Cass. civ., 20 giugno 2008, n. 16803; Trib. Venezia, 19 dicembre 2005). Segnaliamo qui una sentenza civile che sostiene il contrario; è però ormai datata, per cui bisogna tener presente che è stata superata dalle più recenti sentenze di cui *supra*.

La sentenza in questione è del tribunale di Trieste, del 1990¹⁴⁹⁰, e riguarda la richiesta di risarcimento dei parenti di una donna uccisa dal padre, il quale aveva alle spalle una serie di altri delitti violenti, internamento in OPG e diagnosi di schizofrenia. L'autore del reato era stato ritenuto non imputabile in sede penale; la richiesta di risarcimento era dunque rivolta in via principale alla U.S.L. cui il soggetto era affidato per il suo reinserimento sociale, per la mancata sorveglianza del soggetto e la mancata disposizione di un TSO. Il tribunale afferma che

1489 *Ibidem*, p. 63.

1490 Trib. Trieste, 23 novembre 1990, pubblicata in *La nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, pp. 986 ss., con nota di Carleo R..

pur essendo stata abrogata la legislazione custodialistica, comunque “il rapporto che si instaura tra il malato di mente e i servizi psichiatrici rende attuali una serie di doveri che (...) prevedono l'accertamento della pericolosità sociale del malato; (...) l'acquisizione di informazioni ed avvisi sulla pericolosità, associata al tipo di disturbo mentale; informazioni ed avvisi alle persone che vivono quotidianamente a contatto con il malato o a quelle che sono destinatarie delle sue minacce”. Nel caso in oggetto, secondo il tribunale, l'anamnesi personale dell'autore del reato, già autore di efferati delitti, “dimostrava eloquentemente la *pericolosità* dello stesso” e *perciò* “impondeva (...) *massicci interventi terapeutici diretti a ridurre tale pericolosità*”¹⁴⁹¹; questo nonostante la U.S.L. si fosse difesa asserendo di aver provveduto “ad un adeguato intervento terapeutico ed assistenziale, e che la lunga e permanente assenza di sintomatologia psicopatologica (8 mesi) aveva escluso la necessità del ricorso ad un trattamento sanitario obbligatorio”.

In questa sentenza troviamo dunque un esempio di rimprovero per non aver effettuato un “massiccio intervento terapeutico” nei confronti di una persona per limitare la sua pericolosità. E' evidente che questi interventi terapeutici si sarebbero dovuti attuare, per il giudice, indipendentemente dal consenso della persona. A prima vista potrebbe sembrare una decisione ragionevole, vista la gravità dei crimini commessi dal soggetto. Però bisogna domandarsi cosa in concreto avrebbe dovuto fare la U.S.L. Può essere corretto rimproverarle una carenza di sostegno assistenziale; pretendere però che la U.S.L. prescindesse dal consenso del soggetto, mettendo quindi in atto un trattamento sanitario obbligatorio, sembra privo di

1491 Corsivo mio.

fondamento. Come abbiamo visto fin qui, per mettere in atto un TSO è necessaria la presenza di certi presupposti, che nel caso di specie non sembrano sussistere. Rimproverare la U.S.L. per non aver proposto un TSO per malattie psichiatriche nei confronti di una persona che non presentava alcun tipo di sintomatologia psicopatologica da otto mesi sembra eccessivo, ed illegittimo.

La sentenza lascia l'impressione di aver fatto una valutazione *ex post* dei fatti, e di aver voluto attribuire a qualcuno la responsabilità del gravissimo evento, per non lasciare privi di risarcimento i familiari della vittima. Umanamente è intento condivisibile; da un punto di vista più ampio però sentenze di questo tipo creano confusione tra gli operatori e mettono a repentaglio la certezza del diritto. Anche se è comprensibile la volontà di porre in qualche modo rimedio ad un evento così grave, forse è un'illusione credere di poter trovare una soluzione per tutto attraverso il diritto, tramite un risarcimento o con l'addossare la colpa a qualcuno.

Per quanto riguarda la pericolosità come presupposto dei TSO, possiamo citare anche il decreto di convalida di un g.t.¹⁴⁹², il quale nel convalidare il provvedimento sindacale che dispone il trattamento, afferma molto chiaramente che “deve ritenersi che l'alterazione psichica sia tale da richiedere urgenti interventi terapeutici solo quando comporti una condizione di pericolosità individuale e sociale del paziente”. E' necessario, più precisamente, che il rifiuto della cura proposta “determini un pericolo quanto meno per la sua persona, e quindi si manifesti, nella realtà fenomenica, con comportamenti

1492 Decreto del giudice tutelare di Cagliari, 9 luglio 2005, reperibile all'indirizzo www.forumsalutementale.it, nella sezione 'TSO'.

idonei a ritenere sussistente la probabilità di un pregiudizio per sé o per altri”.

Per giustificare sulla base del diritto positivo questa interpretazione, il g.t. afferma che ciò “emerge sul piano interpretativo dalla considerazione del divieto di trattamento obbligatorio quando la malattia non attenga alla sfera psichica, pur se la mancata cura possa porre in pericolo la vita del paziente¹⁴⁹³. (...) Da tale rilievo sistematico discende, con tutta evidenza, l'affermazione del divieto di costringere il paziente psichiatrico a subire cure, che egli rifiuti, con il solo fine di curare la malattia, e la necessità che il pericolo per la sua persona derivi non semplicemente dalla persistenza della patologia e dalle sue possibili conseguenze psichiche ed organiche, ma dalla possibilità che questa possa condurre ad atti lesivi ed autonomi ulteriori”.

Vi sono, d'altra parte, una serie piuttosto nutrita di sentenze penali che adottano anch'esse il punto di vista per cui in caso di pericolosità del paziente psichiatrico, è doveroso effettuare il TSO. Alcune di esse saranno descritte e commentate in maniera più dettagliata *infra*; qui ci limitiamo a presentarle sinteticamente per quanto concerne il presupposto delle “alterazioni psichiche” e la rilevanza in esso della pericolosità del soggetto.

Vi è ad esempio una sentenza di Corte d'Appello del 1984, *Bondioli*¹⁴⁹⁴, la quale ritiene erronea l'affermazione dei giudici di primo grado che avevano sostenuto che il requisito della pericolosità non rientra tra le condizioni legittimanti il ricovero. La corte ritiene invece sussistenti i

1493 Su questo aspetto ritorneremo più avanti.

1494 Corte App. Perugia, 9 novembre 1984, *Bondioli*, pubblicata in *Riv. it. med. legale*, 1988, pp. 1341 ss. Sui fatti oggetto di giudizio in questa sentenza ci soffermeremo oltre.

requisiti per il TSO, proprio per un motivo di 'sicurezza sociale', perché i familiari del soggetto temevano che potesse mettere in atto comportamenti violenti: “l'intervento terapeutico era sicuramente urgente perché richiesto con insistenza da tutti i familiari, a ragione spaventati dal comportamento del congiunto”.

Analogamente la sentenza *Manuali*, in primo grado¹⁴⁹⁵, ritiene che la regola della volontarietà dei trattamenti “subisce eccezioni tutte le volte che la malattia del singolo sia tale da mettere in pericolo le condizioni di salute, o anche di vita o di sicurezza dei consociati”¹⁴⁹⁶.

Una sentenza di Cassazione penale, del 2005¹⁴⁹⁷, afferma che in base alla l. 833 è consentita la limitazione della libertà personale tramite TSO “a tutela del paziente stesso (ed *in via riflessa, eventualmente, dei terzi*)¹⁴⁹⁸”, e si sofferma poi sul punto della 'pericolosità a sé', per cui rileva che “la libertà di cura (...) può significare ripudio delle cure per lasciarsi morire, ma non anche libertà di compiere atti positivi per morire, non spiegandosi altrimenti la possibilità di t.s.o. in presenza di gravi tendenze suicidarie”. Quest'ultima affermazione sembra non tener conto del fatto che in realtà i TSO non possono essere disposti nei confronti di chiunque abbia intenzione di suicidarsi: pre-requisito necessario per disporre un TSO è la sussistenza di una 'malattia mentale' in atto (e non sembra essere stata accertata una correlazione per cui chi abbia intenzione di suicidarsi sia sempre ed in ogni caso 'pazzo').

1495 Trib. Perugia , pubblicata in *Riv. it. med. legale*, 1988, pp. 1347 ss.

1496 Corsivo mio.

1497 Cass. pen., sez. IV, sentenza 12 gennaio 2005 (dep. 12 aprile), n. 13241.

1498 Corsivo mio.

Da ultimo, una recente sentenza di Cassazione penale, *Pozzi*¹⁴⁹⁹, si è espressa con parole molto chiare su ciò in cui possono consistere le “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”. Così infatti si esprime la Cassazione: “il trattamento sanitario obbligatorio deve essere disposto anche nel caso in cui la malattia si manifesti con atteggiamenti di aggressività verso terzi non diversamente contenibili. Del resto *non si comprende quali possano essere le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici se non le manifestazioni di aggressività nei confronti di se stessi o di terzi*”¹⁵⁰⁰, poiché “se non esistono queste manifestazioni, ma altre espressioni della sofferenza psichica, è ben difficile ipotizzare situazioni nelle quali sia necessario un contenimento anche fisico in ambito ospedaliero”.

Infatti la corte nega che i TSO, secondo la l. 180, siano preordinati esclusivamente alla tutela del malato e non anche dei terzi: “è vero che lo scopo primario delle cure psichiatriche è quello di eliminare o contenere la sofferenza psichica del paziente; ma quando la situazione di questi sia idonea a degenerare – anche con atti di auto o etero aggressività – *il trattamento obbligatorio presso strutture ospedaliere è diretto ad evitare tutte le conseguenze negative che la sofferenza psichica cagiona*”¹⁵⁰¹. Oltretutto la corte motiva questa affermazione con una nuova argomentazione, ritenendo “del tutto illusorio separare le conseguenze personali (...) da quelle verso terzi: la manifestazione di violenza ed

1499 Cass. pen., 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), *Pozzi*, pubblicata in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, pp. 4622-4638, con nota di Baraldo M., *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*.

1500 Corsivo mio.

1501 Corsivo mio.

aggressività non reca danno solo al terzo aggredito ma anche all'aggressore”¹⁵⁰².

3.1.5. Alcune riflessioni.

Le sentenze, dunque, non danno indicazioni chiare, assumendo ognuna una posizione differente. Ad una veloce analisi, si può notare che le sentenze che affermano la *non* utilizzabilità del TSO come strumento preventivo a tutela della pubblica incolumità sono tendenzialmente più attente al dato normativo, mentre quelle che sostengono il contrario sembrano appellarsi, più che a motivi di diritto, al senso comune ed alla necessità *di fatto* che il medici utilizzino il TSO per limitare la pericolosità di alcune persone e per prevenire atti dannosi. Il principale aggancio normativo che viene utilizzato consiste nell'affermare che l'espressione “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici” sarebbe priva di significato se non la si interpretasse come “alterazioni psichiche tali da portare al compimento di atti violenti nei confronti di se stessi o di terzi”.

In proposito bisogna chiedersi se è vero che non vi può essere un altro significato coerente, che escluda la pericolosità (ciò sarebbe preferibile se non altro perché più conforme all'intenzione del legislatore ed alla previsione costituzionale per cui gli interventi terapeutici possono essere imposti solo allo scopo di tutelare la *salute* di terzi¹⁵⁰³). In secondo luogo, bisogna prendere in

1502 I giudici prendono ad esempio il caso dell'autore del reato oggetto del giudizio, che rinchiuso in OPG era morto poco tempo dopo: “anche nei confronti di se stesso il suo gesto omicida ha (...) avuto conseguenze personali gravissime”.

1503 Tale è, come abbiamo visto, la prevalente interpretazione che

considerazione un'importante obiezione che viene fatta a questa tesi: vi sono moltissimi studi che dimostrano come sia irrealistico pretendere che un medico faccia attendibili previsioni su quello che sarà il comportamento di un'altra persona. Ovviamente questa impossibilità di prevedere l'evento sarà tanto maggiore quanto maggiore è il tempo intercorrente tra la pretesa previsione e l'evento che poi ha avuto luogo, ma anche in brevi spazi di tempo non è umanamente possibile prevedere quello che un'altra persona farà. Partendo da questa considerazione, le conclusioni possibili sono, a mio parere:

1. che bisogna *contenere/isolare/trattare* ogni soggetto che mostri segni di instabilità psichica, o perlomeno di quel tipo di instabilità che comporta pericolo di atteggiamenti aggressivi (verso se stesso o verso terzi), oppure
2. se non si ritiene possibile questo, perché comporterebbe un'anticipazione eccessiva della tutela della sicurezza sociale, senza, tra l'altro, essere fondato su argomenti scientificamente validi, e/o perché il legislatore ha ispirato la disciplina psichiatrica a tutt'altri principi, volendo limitare al massimo il custodialismo e la stigmatizzazione del malato di mente, si dovrebbe concludere che nessuno va contenuto e trattato per un generico *fumus* di pericolosità; e che ove vi sia una concreta minaccia alla sicurezza ed alla incolumità di alcuno, si dovrebbe richiedere l'intervento non dello psichiatra ma degli organi preposti alla tutela della pubblica

viene data dell'art. 32 Cost.; ricordiamo che però non vi è unanime accordo su di essa, anche perché la questione non è esplicitamente affrontata dal testo costituzionale, per cui le diverse posizioni sono fondate su interpretazioni sistematiche.

sicurezza. Ovviamente se la persona, oltre ad avere un comportamento violento, mostra di soffrire psichicamente, dovrebbe essere compito dell'ordinamento quello di far sì che possa essere assistito da persone preparate a dare un sostegno a persone in difficoltà.

Può essere che con quest'ultima soluzione vi siano persone instabili che compiano dei reati, che non avrebbero compiuto se sedate da psicofarmaci o reclusi in clinica. Ma l'alternativa comporterebbe la reclusione (fisica o mentale) di chiunque mostri comportamenti anomali, coinvolgendo nella repressione un numero altissimo di persone che non avrebbero commesso alcunché di male. Il principio è simile a quello per cui in diritto penale il tentativo di reato può essere punito solo ove vi sia il compimento di “atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto”¹⁵⁰⁴, e per cui sono così criticate le misure di prevenzione, che hanno formato oggetto delle riflessioni di buona parte del capitolo III.

La scelta del legislatore del resto è stata quella di porre termine a un'istituzione – il manicomio – sentita come ingiusta ed incostituzionale, pur nella consapevolezza della difficoltà della transizione ad un nuovo sistema, e del fatto che probabilmente vi sarebbero stati dei problemi causati da persone con disagio psichico (come del resto sono causati in gran numero da persone perfettamente 'normali'). Si è scelto di accettare questi problemi¹⁵⁰⁵, per porre termine ad un problema ancora più grande.

Questo non vuol dire che con la chiusura dei manicomi è giusto che l'ordinamento si disinteressi di chi

1504 Art. 56 c.p.

1505 Non tutti sono però concordi sul punto.

mostra disagio psichico. Al contrario, un sistema sociale in cui più che alla cura si tende ad *evitare* le condizioni che favoriscono la nascita del disagio psichico, e non si emargina chi ne è portatore più di altri, insieme ad un sostegno alle famiglie ed all'aiuto nell'inserimento lavorativo migliorerà la situazione di tutti. Al contempo, se una persona, 'normale' o 'anormale' che sia, dimostra di essere pericolosa, mettendo in atto comportamenti illeciti, l'ordinamento dovrebbe intervenire senza delegare compiti di controllo alla psichiatria.

Un problema che si presenta frequentemente è quello delle difficoltà che si creano in ambito familiare, con la presenza di persone con comportamenti e pensieri disturbanti. Spesso si creano situazioni di grave contrasto, tensioni insostenibili; in questi casi sarebbe bene che la famiglia non venisse lasciata sola, ma aiutata, ad esempio con la disponibilità di assistenti sociali. Si può, del resto, smettere di pensare che l'unica soluzione a situazioni di questo tipo sia il ricovero. Talvolta i problemi sono strettamente legati al contesto in cui nascono ed alle relazioni tra conviventi; si potrebbe seguire l'esempio di chi già da tempo opera per far sì che queste situazioni possano avere uno sbocco positivo per tutti, ad esempio agevolando l'inserimento lavorativo e soluzioni abitative che permettano di far cessare una convivenza diventata insostenibile e fonte di disagio per tutti, senza richiedere necessariamente il ricovero e senza deresponsabilizzare la persona¹⁵⁰⁶.

Ovviamente un altro problema è posto da chi non semplicemente ha 'comportamenti anomali' ma non riesce a svolgere quelle funzioni quotidiane come ad esempio mangiare; questo richiede un altro tipo di intervento, che

1506 www.associazionepenelope.it .

possa aiutare la persona ove questa ne abbia bisogno.

Il ragionamento appena svolto verrebbe a perdere di fondamento ove si accogliesse senza remore il postulato per cui chi è 'malato mentale' non è in grado di autodeterminarsi in alcun modo, essendo incapace naturale (ed il conseguente, e decisivo, postulato per cui lo psichiatra saprà tracciare una linea netta tra chi è 'malato' e chi no¹⁵⁰⁷). In questo caso, infatti, la società avrebbe effettivamente il dovere, oltre che il diritto, di intervenire sostituendosi con la sua volontà superiore ad una volontà viziata ed irragionevole, per evitare che il malato, con le sue azioni guidate dalla malattia, danneggi se stesso e gli altri. E' questo un punto effettivamente decisivo.

3.2. Il presupposto della non accettazione degli interventi terapeutici da parte del soggetto.

Questo requisito coinvolge un aspetto, quello del *consenso* e della *capacità* della persona di consentire al trattamento, che è fondamentale e sotteso a molti degli argomenti che abbiamo affrontato ed affronteremo. Per questo sarebbe opportuno dedicare uno studio specificamente a questo argomento, in cui provare a chiarire, per quanto possibile, la complicata questione. Qui

1507 “Questa linea ci interessa tutti, da una parte e dall'altra: a nessuno è concesso di attraversarla (in un senso o nell'altro) se non nei termini della psichiatria e della sua 'cura'. Ciò significa, fra l'altro, che nessun incompetente 'normale' può attraversare questa linea, andare incontro al folle, abbracciarlo, riconoscerlo. Quello che ci aspetta se ci avventurassimo sarebbe lo smarrimento, la minaccia e la messa in pericolo del nostro essere, la follia”. Bucalo G., *Dietro ogni scemo c'è un villaggio*, cit., p. 37 ss.

ci limitiamo a proporre alcune riflessioni sullo specifico punto del requisito del rifiuto della terapia come presupposto del TSO, rimandando, per una visione più ampia del problema, al paragrafo specificamente dedicato a capacità e consenso al trattamento.

Al soggetto che si vuole sottoporre a trattamento sanitario si chiede di accettare gli interventi che si ritengono necessari: se questi li accetta, si procederà in regime di TSV¹⁵⁰⁸; se invece rifiuta, si procederà ugualmente. L'unica differenza sarà che in questo secondo caso si dovrà porre in essere la procedura burocratica di attivazione del TSO. E' evidente dunque come la scelta del paziente di aderire alla terapia proposta non si possa dire libera, in quanto sia che accetti, sia che rifiuti, il risultato sostanziale sarà in linea di massima lo stesso. Secondo BLASI e FERPOZZI, la previsione della richiesta del consenso e della non accettazione delle terapie “sembra un gioco di parole”, in quanto “che vi sia o non vi sia il suo consenso, se la malattia presenta quelle caratteristiche di pericolosità (...) essa deve essere curata nella maniera più adatta a neutralizzare il pericolo”¹⁵⁰⁹. Per cui “se (...) la malattia, per essere curata, richiede un trattamento ospedaliero o, quantomeno, una continua sorveglianza, o particolari cure che possano risultare anche sgradevoli all'ammalato ma necessarie, egli non può fare a meno di accettare le prescrizioni terapeutiche fornite dai sanitari: l'accettazione delle cure da parte del soggetto evita soltanto la messa in atto delle procedure relative al TSO ma non può certo mutare le caratteristiche del trattamento

1508 Trattamento sanitario volontario.

1509 Blasi B. e Ferpozzi E., *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 1067.

stesso”¹⁵¹⁰.

Ovviamente la disposizione di legge che richiede il rifiuto delle cure da parte del soggetto presuppone che vi sia un certo ventaglio di scelte terapeutiche, e che tra esse il malato potrebbe prediligere un modo di affrontare la malattia ed abborrirne invece un altro, magari proprio quello che si cerca di applicargli sotto minaccia di TSO. Sembra che per interpretare questa norma secondo lo spirito della legge, che tende a dare quanto più possibile rilievo alla volontà del malato, sia necessario lasciare quanto più possibile la libertà di scelta al presunto malato: lasciargli la possibilità di rifiutare un certo tipo di intervento, se egli è intenzionato a farsi curare seguendo un'altra terapia, o presso un medico di sua fiducia (bisogna tener conto anche della previsione dell'art. 33 co. 2, secondo cui gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori devono essere effettuati “nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, *compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura*”¹⁵¹¹).

Inoltre sembra essere invalso nella prassi psichiatrica il valutare (oltre alla presenza o meno della capacità di consentire), una volta accertata la capacità, la *affidabilità* o meno dell'accettazione prestata: ovvero, se il soggetto sostiene essere consapevole della malattia e di accettare la terapia, il medico può ritenere che questa dichiarazione sia inaffidabile e che dunque il malato, nonostante il consenso prestato, “non offra elementi di garanzia di esecuzione del trattamento stesso”¹⁵¹². In tal caso, può da un lato avvenire

1510 *Ibidem*.

1511 Corsivo mio.

1512 Così secondo Ariatti R., Ferrari G., Fioritti A., *Il consenso alla cura in psichiatria*, cit., p. 251.

che il medico preveda “che una istituzione di ricovero o un'*equipe* territoriale con molteplici e differenziate possibilità di assistenza funga da garante della esecuzione della cura”, oppure che “in mancanza di queste garanzie, il medico, nonostante la presenza del consenso, proponga un T.S.O.”¹⁵¹³. Sembra tuttavia trattarsi di prassi *contra legem*, in quanto la legge richiede, perché sia possibile effettuare un TSO, l'esistenza di un dissenso alla cura; in questo modo i medici hanno coniato un ulteriore requisito, richiedendo oltre alla validità del consenso anche la sua 'affidabilità' per quanto riguarda la regolare assunzione della terapia. Conformemente a legge si potrebbe forse ritenere invalido un consenso che si mostri meramente formale, poiché il paziente si rifiuta da subito di assumere la terapia che gli viene proposta. Andare oltre però, fare cioè una prognosi sulla futura capacità del paziente di mantenersi coerente nel proposito di seguire una terapia, non è contemplato dalla legge e sembra perciò illegittimo. Il risultato a cui si giunge, come ammettono candidamente gli autori delle ultime citazioni, è che “è evidente che, in ogni caso, non è il consenso di per sé a discriminare la volontarietà o meno del trattamento, bensì il giudizio e la responsabilità del medico”¹⁵¹⁴.

E' vero che siamo di fronte ad una situazione problematica, per cui se ci si attenesse esclusivamente alla forma basterebbe una dichiarazione di accettazione per sottrarsi al TSO; ma di fatto quello richiesto dai medici è un requisito non menzionato dalla legge, che sarebbe opportuno disciplinasse questo punto.

1513 *Ibidem*.

1514 *Ibidem*.

3.3. Il presupposto della mancanza di idonee misure sanitarie extraospedaliere.

Questo requisito presenta meno problemi del precedente. Principalmente va sottolineato come esso dia, implicitamente, un'indicazione molto importante: che anche ove si sia in presenza della necessità di un TSO, questo è preferibilmente da eseguirsi in ambiente extraospedaliero (presso i servizi territoriali), e non nell'SPDC. Solo nel caso in cui appunto non vi siano alternative idonee, si potrà fare ricorso al ricovero in ospedale. Di questa mancanza di alternative, come del resto di tutti gli altri requisiti, dovrà essere dato specificamente conto nella proposta e nei provvedimenti che dispongono il TSO.

In secondo luogo si può notare come, per riempire questa norma di contenuto e per interpretarla coerentemente al dettato costituzionale, deve ritenersi che essa contenga un'obbligazione per lo Stato: quella di predisporre presidi territoriali extraospedalieri idonei a prendersi cura delle persone con disagio psichico. Se infatti le possibilità di cure adeguate extraospedaliere fossero quasi assenti questo requisito perderebbe di significato.

Bisogna essere coscienti di questo, poiché se lo Stato rimanesse inadempiente, ciò verrebbe indirettamente ad incidere sulla libertà personale di tutte le persone coattivamente ricoverate per la mancanza di alterative meno invasive¹⁵¹⁵.

1515 Riportiamo a questo proposito l'osservazione, già citata trattando del Libro bianco del Consiglio d'Europa, formulata dall'ENUSP, European Network of (ex-)Users and Survivors of Psychiatry: "We also find it unacceptable that in the White Paper it is legitimated that insufficient possibilities in a country

4. I TSO extraospedalieri.

La legge prevede che i trattamenti sanitari obbligatori possano essere effettuati anche presso “servizi e presidi territoriali extraospedalieri”, senza necessità di ricovero; il ricovero anzi è *extrema ratio*: può essere effettuato solo ove non vi siano idonee alternative ad esso.

I TSO extraospedalieri però presentano molte difficoltà. La legge, infatti, li prevede, ma disciplina espressamente solamente i TSO in regime di degenza ospedaliera: solo per questi, infatti, l'art. 34 co. 4 prevede i tre requisiti che abbiamo analizzato *supra*, il quinto comma del medesimo articolo richiede la convalida della proposta da parte di un medico dell'unità sanitaria locale, e l'art. 35 disciplina la procedura di emissione del provvedimento e la tutela giurisdizionale.

Non è chiaro, quindi, come sia disciplinato questo diverso tipo di TSO. Sicuramente per esso varranno le regole poste dall'art. 33, valevoli per ogni tipo di trattamento sanitario obbligatorio e per qualsiasi tipo di malattia: sarà quindi necessaria la proposta motivata di un medico, ed il provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria locale (art. 33 co. 3).

La convalida della proposta da parte del medico della USL e la convalida del provvedimento da parte del giudice tutelare non è invece prevista. Ciò, ovviamente, crea forti

or a region of help and treatment may justify the use of involuntary placement (point 3, d.). We are concerned about this, as the use of compulsion must never be due to lack of necessary services offered from society. Sufficient alternative offers must be aimed at, thus avoiding the use of involuntary measures as much as it may possibly be done”, in *Statement to the White Paper*, reperibile all'indirizzo <http://www.enusp.org/>. (Ultimo accesso in data 10.7.2009).

perplexità: si tratta pur sempre di un trattamento sanitario imposto, che può essere anche molto invasivo. Può la legge non prevedere alcun tipo di garanzia aggiuntiva? Abbiamo visto che anche la pur elaborata procedura di tutela giurisdizionale prevista per i TSO in regime di degenza ospedaliera dà adito a dubbi di costituzionalità e risulta carente di garanzie, a fronte della privazione di libertà personale operata. In questo caso la tutela è infinitamente minore, e perciò i dubbi si ripropongono in maniera esponenziale. Perché il trattamento sia imposto, purché non vi sia ricovero, basta la proposta di un medico ed il provvedimento del sindaco. Il controllo giurisdizionale non ha alcun ruolo.

A mio avviso, possono esservi due soluzioni:

1. questo trattamento è solo obbligatorio e non può essere imposto coattivamente (in caso contrario dovrebbero necessariamente attivarsi le garanzie previste dall'art. 13 Cost., ed il provvedimento dovrebbe essere disposto dall'autorità giudiziaria);
oppure
2. probabilmente il legislatore ha adottato la tesi, prospettata da alcuni autori ed analizzata nel cap. I, che intende la 'libertà personale' tutelata dall'art. 13 Cost. unicamente come libertà da misure degradanti della dignità sociale. Come visto, si escludono così dalla tutela tutte le misure, pur costrittive, che non si ritengono 'degradanti'; il legislatore ha probabilmente ritenuto appunto 'non degradanti' le misure in questione. La legge si presenta, sotto questo aspetto, incostituzionale; si vedano in proposito le riflessioni esposte nel cap. I.

In proposito, PANUNZIO, subito dopo l'emanazione della legge, affermava: “ancor più significativo per ciò che riguarda il carattere 'amministrativo' impresso dalla legge

ai provvedimenti ed alle procedure in questione (...) è il fatto che per ogni altro tipo di trattamento sanitario obbligatorio-coercitivo [cioè per i TSO non in regime di degenza ospedaliera] l'art. 33 della legge 833/1978 prevede soltanto l'intervento di autorità amministrative, (...) senza nessuna convalida successiva da parte del giudice tutelare, e senza neppure la tutela giurisdizionale ex art. 35. Una disparità di trattamento, questa, (...) in nessun modo giustificabile. (...) In particolar modo l'art. 33 della legge 833/1978 risulta incostituzionale per il fatto di consentire – in palese violazione dell'art. 13 Cost. – trattamenti sanitari anche coattivi al di fuori di ogni intervento dell'autorità giudiziaria”¹⁵¹⁶.

Nello stesso periodo REALDON, in qualità di Direttore incaricato dei Servizi psichiatrici della Provincia di Gorizia commentava i TSO extraospedalieri (che riteneva possibilità poco conosciuta) anzitutto specificando che essi devono effettuarsi “al domicilio del paziente o nelle altre strutture alternative all'Ospedalizzazione”¹⁵¹⁷. Egli riteneva che essi non garantissero al paziente (anche una volta adempiute le formalità previste) “quell'ampia tutela giurisdizionale prevista invece all'art. 35 per il TSO ospedaliero, [poiché] il TSO extraospedaliero

a) è più sbrigativo nelle procedure di attuazione (non esiste la convalida di un secondo medico);

b) non sembra riconoscere limiti di tempo (non v'è la scadenza di 7 giorni da rinnovare);

c) non prevede l'intervento del giudice tutelare (nessuna tutela dei diritti del paziente);

d) ammette solo un ricorso, da parte del paziente o di

1516 Panunzio, *Trattamenti sanitari*, cit., pp. 892 ss.

1517 Realdon A., Nota a Pretura di Monfalcone, 2 giugno 1980, in *Riv. it. med. legale*, 1980, pp. 910-919.

altri interessati, indirizzato al Sindaco, e, qualora l'esito risulti negativo, il provvedimento parrebbe inappellabile”¹⁵¹⁸.

Così conclude REALDON: “mi sembra si possa a questo punto affermare che, pur nel rispetto della normativa psichiatrica vigente, è oggi possibile in Italia legittimare sotto forma di fermo sanitario domiciliare o territoriale, il sequestro di una persona ed il suo trattamento forzato. La tutela del diritto del paziente è in questo caso affidata non alla Magistratura, ma solo al Sindaco, cioè ad una Autorità che prima di essere sanitaria, è soprattutto politica”¹⁵¹⁹. L'A. ritiene “una strana incompletezza delle leggi 833 e 180” il fatto che esse sembrano preoccuparsi “di tutelare maggiormente il paziente psichiatrico sottoposto a TSO in ospedale, che non quello colpito da TSO sul territorio”, ed afferma essere “perlomeno singolare che alcune leggi psichiatriche regionali scelgano di privilegiare anche in tema di obbligatorietà del trattamento sanitario, proprio quello 'extraospedaliero”¹⁵²⁰. Per questi ed altri motivi di

1518 *Ibidem*, p. 918.

1519 *Ibidem*, pp. 918 s.

1520 In questo senso si è espresso anche il Ministero della Sanità nella risposta data all'Assessorato alla sanità di Torino nel 1996, che qui riportiamo: “Oggetto: Quesito in ordine al TSO per malattia mentale. In riscontro al quesito di cui alla nota indicata a margine, pur comprendendo le perplessità di codesto Assessorato circa la corretta praticabilità di un trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale presso il domicilio del paziente, si ricorda che l'art. 34 della legge 833/78 dispone che tale trattamento può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera, e solo se non ricorrano le condizioni e circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere. Ad avviso dello scrivente ciò comporta che, qualora ricorrano idonee

perplessità, l'A. auspica lo sviluppo di “un dibattito ampio e responsabile sui delicati problemi accennati, in quanto toccano da vicino non solo la specifica competenza psichiatrica ma i più ampi temi della libertà del singolo e dei suoi diritti civili, la tutela dei quali è affidata soprattutto alla sollecita attenzione della magistratura”¹⁵²¹.

Per quanto riguarda più specificamente quali siano i presupposti che legittimano l'effettuazione dei TSO extraospedalieri, non vi sono risposte certe. Si fa portavoce dell'incertezza in questo senso FIORI, il quale nota che “mancano tuttora indicazioni convincenti sulle 'condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere' quali alternative al trattamento obbligatorio in condizioni di degenza”¹⁵²², ed esprime anche la preoccupazione che i TSO extraospedalieri vengano attuati al posto di quelli ospedalieri a causa “di pregiudizi ideologici e di carenze gravi della ricettività ospedaliera”, anziché per scelta medica effettuata in piena “responsabilità diagnostica, terapeutica e prognostica”¹⁵²³. Cercando di definire i luoghi dove i TSO extraospedalieri dovrebbero effettuarsi, l'A. ritiene siano necessarie “strutture aperte, semimedicalizzate, dipartimentali, che consentano contemporaneamente alloggio, assistenza, cure mediche e psichiatriche senza custodia stretta ma con adeguata sorveglianza”¹⁵²⁴.

circostanze, *il trattamento sanitario obbligatorio, può (anzi, più correttamente deve) essere disposto in regime extra ospedaliero*” (corsivo mio). Prot. Nr. 100/SCPS/3.15. Risposta al foglio del 12.1.1996 n. 200/49/773.

1521 *Ibidem*, p. 919.

1522 Fiori, *La riforma (della riforma)*, cit., p. 548.

1523 *Ibidem*.

1524 *Ibidem*, p. 550.

Sul punto si è interrogata anche VINCENZI AMATO, la quale nota che “il solo modello che si trova esplicitato è proprio quello, da applicare in via estrema, del ricovero coatto, e che questo sembrerebbe anche l'unico”¹⁵²⁵. La legge però accenna anche ad un altro tipo di TSO per malattia mentale, nel presupposto previsto dall'art. 34 co. 4¹⁵²⁶ e nel rinvio operato dall'art. 34 co. 2¹⁵²⁷. Tale rinvio, osserva l'autrice, non può che riferirsi “a trattamenti specifici della malattia mentale”. Ma sorge allora il problema della riserva di legge: si può ritenere questa soddisfatta dal mero rinvio interno operato dall'art. 34 co. 2? Secondo VINCENZI AMATO una risposta positiva “aprirebbe la strada ad un numero indefinito di trattamenti obbligatori anche per le malattie fisiche, per le quali (...) esiste lo stesso meccanismo di rinvio interno”. L'A. si riferisce, se intendo correttamente, al rinvio operato dall'art. 34 co. 2 (v. nota precedente), affermando che se questo basta a soddisfare la riserva di legge richiesta dalla Costituzione per quanto riguarda gli specifici trattamenti psichiatrici extraospedalieri – che non sono in alcun modo determinati dalla stessa l. 833 né da alcuna legge anteriore o successiva – allora lo stesso rinvio basterebbe anche a coprire qualsiasi tipo di intervento sanitario operato su soggetti sottoposti a TSO per malattia mentale; ma l'A.

1525 Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti*, cit., p. 175.

1526 L'assenza, per poter effettuare un ricovero obbligatorio, delle “condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure extraospedaliere”.

1527 Art. 34 co. 2: “Le misure di cui al secondo comma dell'articolo precedente possono essere disposte nei confronti di persone affette da malattia mentale”. Art. 33 co. 2: “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”.

ritiene comunque il rinvio troppo debole per poter in realtà soddisfare la riserva di legge. VINCENZI AMATO cerca di verificare se sia possibile in qualche modo ricavare informazioni dal testo della 833 che indichino quali trattamenti diversi dal ricovero potrebbero essere imposti, ed in quali circostanze. Ma non riesce a ricavare altre informazioni oltre al fatto che deve trattarsi di misure 'sanitarie' (termine che secondo l'A. ricorda “gli psicofarmaci, l'elettroshock, o lo shock insulinico più facilmente di quanto non ricordi l'analisi, le psicoterapie, i gruppi di lavoro, verso i quali sembrerebbe orientata la moderna psichiatria”¹⁵²⁸) ed 'extraospedaliera' (presso “servizi a struttura dipartimentale con funzioni prevalentemente curative e riabilitative relative alla salute mentale”, ex art. 34 co. 1, con collegamenti tra i servizi psichiatrici degli ospedali generali e gli altri presidi extraospedalieri, allo scopo di garantire la continuità terapeutica, ex art. 34 co. 5); e non trova indicazioni sulla loro applicazione coattiva, con violenza fisica sul paziente, nel caso di rifiuto¹⁵²⁹.

Per quanto riguarda i presupposti, invece, secondo l'A. sono, anche per i TSO extraospedalieri, le “alterazioni psichiche tale da richiedere urgenti interventi terapeutici”, come per il ricovero coatto.

Un altro autore, CASTRONOVO, che ha dedicato molta attenzione al problema, critica invece l'idea per cui i TSO extraospedalieri non sono “altro che una sorta di stato allotropico di quelli in condizioni di degenza ospedaliera”¹⁵³⁰, ritenendo che essa ha di fatto impedito

1528 Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti*, cit., p. 177.

1529 *Ibidem*.

1530 Castronovo C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., pp. 180 s.

alla legge di riforma della normativa psichiatrica “di assumere tutto il respiro che essa poteva e doveva avere in ottemperanza all'obiettivo di cura quale momento essenziale e qualificante della svolta che la legge n. 180 ha voluto rappresentare per il nostro ordinamento”¹⁵³¹.

L'A., pur ammettendo che è quanto suggerito dalla lettera della legge¹⁵³², ritiene erroneo considerare il TSO extraospedaliero come una mera variante di quello in regime di degenza ospedaliera¹⁵³³. La ritiene un'interpretazione viziata da “idee antipsichiatriche” che vedono “la cura più come proposta al paziente che come diritto del soggetto”, oppure da “un garantismo che vede [in] tutto quanto possa suonare obbligatorio qualcosa di almeno potenzialmente lesivo della libertà del soggetto”¹⁵³⁴.

Secondo l'A. queste preoccupazioni garantistiche non avrebbero ragion d'essere perché il TSO extraospedaliero è “un *minus* rispetto a quello ospedaliero”, perché non comporta il ricovero con la “quasi assoluta o assoluta limitazione della libertà personale” che è ad esso coesistente: il ricovero coatto rimane pur sempre un internamento, benché non più in manicomio. Secondo l'A. il TSO extraospedaliero, pur essendo obbligatorio, “non è caratterizzato dalla sospensione della libertà di movimento e cioè dalla reclusione che, volere o no, segna il trattamento in condizioni di degenza ospedaliera”.

1531 *Ibidem*.

1532 *Ibidem*, p. 182.

1533 Bisogna “superare una visione dei trattamenti sanitari obbligatori, ospedaliero ed extraospedaliero, come due articolazioni di una stessa figura (essi sono invece accomunati soltanto dalla connotazione della obbligatorietà)”. *Ibidem*, p. 183.

1534 *Ibidem*.

CASTRONOVO ammette che anch'esso comporta “uno spazio di coazione”, ma ritiene che sia “incommensurabilmente meno [incisivo sulla] libertà personale” rispetto al ricovero coatto, poiché la restrizione di libertà personale “rimane naturalmente limitata al periodo di tempo strettamente necessario al singolo intervento terapeutico”, e perciò, secondo l'A., “non si discosta dal grado di coazione che ogni intervento sanitario obbligatorio comporta e risulta pienamente conforme al dettato dell'art. 32 Cost. in quanto previsto dalla legge”¹⁵³⁵.

Per quanto riguarda la riserva di legge prevista dall'art. 32, CASTRONOVO dissente da chi (come VINCENZI AMATO) non la ritiene soddisfatta poiché i trattamenti extraospedalieri non sono sufficientemente disciplinati dalla legge. Egli, “nonostante la legge di riforma psichiatrica e sanitaria non preveda espressamente quando i trattamenti sanitari extraospedalieri possano essere ordinati”, ritiene possibile¹⁵³⁶ ricostruire la fattispecie mediante una lettura sistematica della legge. Gli accertamenti sanitari obbligatori (ASO), che possono essere disposti ove una malattia mentale sia anche solo supposta in base a “certi comportamenti del soggetto”, ove la diagnosi di malattia mentale venga confermata, possono portare ad un TSO extraospedaliero¹⁵³⁷ da attuarsi, ex art. 34 co. 3, presso i servizi e presidi territoriali extraospedalieri di cui al primo comma del medesimo articolo.

1535 *Ibidem*, p. 183. Per una distinzione tra obbligatorietà e coazione, v. cap. III. L'A. non sembra qui dare peso alla natura fortemente invasiva che i trattamenti psichiatrici possono avere.

1536 Superando una precedente posizione, espressa in Castronovo, *La legge 180*, cit., pp. 196 ss.

1537 Castronovo C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 184.

Questo, secondo CASTRONOVO, dovrebbe avvenire ogni qualvolta “risulti già accertata una malattia mentale e questa si riveli bisognosa di cura”. I TSO extraospedalieri avrebbero lo scopo di *evitare* che si giunga a quelle “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici” che “potrebbero successivamente condurre ai trattamenti obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera che, risultando massimamente invasivi della personalità dell'infermo, si tratta di limitare quanto più è possibile”¹⁵³⁸

In pratica, “i trattamenti obbligatori extraospedalieri così intesi svolgono allora 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”¹⁵³⁹.

CASTRONOVO vede in questo tipo di TSO una prevenzione utile per “impedire i costi personali e sociali più onerosi”, che può attuarsi quando il “diritto del malato a rimanere tale” si innesta su “una situazione patologica che preluda, ove non immediatamente curata, a tali esiti”¹⁵⁴⁰. Egli propone, praticamente, una anticipazione del momento in cui si può disporre il trattamento obbligatorio (ritenendo infatti inapplicabile per i TSO extraospedalieri il requisito delle alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici). Sembra proposta analoga, negli effetti, a quella formulata da FORNARI, il quale ritiene che dovrebbe essere fondamento del TSO non tanto l'*urgenza* del trattamento, quanto la sua

1538 *Ibidem*.

1539 *Ibidem*.

1540 *Ibidem*, p. 185.

necessità, in modo da poter trattare le patologie senza dover necessariamente attendere che giungano in fase di acuzie ove il medico preveda che, non trattata, la patologia porterà sicuramente ad uno stato in cui sarà necessario agire con urgenza¹⁵⁴¹.

L'opinione affermatasi, e a tutt'oggi più diffusa sui presupposti dei TSO extraospedalieri, è però quella che ritiene che essi siano una versione 'minore' dei TSO ospedalieri, e che per essi siano necessari gli stessi requisiti previsti per il ricovero obbligatorio (meno ovviamente quello riguardante la mancanza di alternative extraospedaliere). In sintesi, quando vi siano “alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici” che non sono accettati dall'infermo, e vi è la possibilità di attuare questi interventi terapeutici presso il domicilio del paziente oppure presso un presidio psichiatrico territoriale, può essere disposto un TSO extraospedaliero.

Così la direttiva dell'Emilia Romagna del 1989, secondo la quale “è possibile ricorrere al TSO extraospedaliero quando si verificano le prime due condizioni previste dalla legge per poter intervenire in forma obbligatoria (gravi alterazioni specifiche e non consenso alla cura) e quando esistano le condizioni e circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere”. La direttiva aggiunge che “ai fini dell'emissione dell'ordinanza occorre una singola certificazione medica di proposta, ampiamente motivata e dettagliata in ordine all'esistenza delle suddette

1541 La proposta di Fornari si mostra comunque lievemente più garantista, in quanto pone il limite della ritenuta necessità dell'intervento, e della prognosi di 'futura urgenza', mentre Castronovo sembra proporre di rendere obbligatorio il trattamento di *qualsiasi* malattia psichica, indipendentemente dal tipo e dalla gravità.

condizioni, la cui valutazione è affidata alla discrezionalità professionale del sanitario”, e soprattutto fissa in sette giorni la durata massima, rinnovabile, del TSO, in analogia a quanto previsto per il provvedimento in degenza ospedaliera.

Poiché la procedura è molto meno garantista per i diritti del paziente, la direttiva, consapevole del rischio che interventi obbligatori che sostanzialmente comportano una analoga limitazione di libertà potrebbero essere fatti passare come extraospedalieri per eludere le procedure necessarie per il TSO ospedaliero, chiarisce che “non è (...) ammissibile l'ipotesi di poter effettuare trattamenti sanitari obbligatori – se pure al fine di evitare provvedimenti in degenza ospedaliera – presso strutture intermedie di tipo residenziale e semiresidenziale come TSO extraospedalieri”.

Anche FORNARI afferma che “è possibile ricorrere al T.S.O. extraospedaliero quando si verificano le prime due condizioni previste dalla legge (gravi alterazioni psichiche e non consenso alla cura) ed è possibile adottare le misure sanitarie necessarie al di fuori del ricovero in un S.P.D.C. (Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura)”¹⁵⁴².

Le recentissime Raccomandazioni in merito all'applicazione di ASO e TSO per malattia mentale emanate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome¹⁵⁴³ denunciano una notevole disomogeneità

1542 Fornari, *Accertamenti e trattamenti sanitari*, cit., p. 61. Analogamente Catanesi R., Greco O., *Responsabilità professionale*, a cura di Pazzagli A., in *Trattato italiano di psichiatria*, cit., pp. 2841-2855, cit. in Sbordonì, *Devianza primaria*, cit.

1543 “Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale”, cit., approvato il 29 aprile 2009.

nelle modalità di applicazione nelle diverse realtà locali. Ribadiscono perciò alcuni 'punti fermi': anzitutto che i presupposti sono gli stessi previsti per il ricovero ospedaliero, ed in secondo luogo che la cura non deve incidere “troppo negativamente” sulla vita del paziente, “venendo a limitarla più di quanto il disturbo psichico o la malattia mentale non la limitino”.

Per quanto riguarda il luogo di attuazione, le raccomandazioni indicano la casa del paziente (tramite visite domiciliari) ed il centro di salute mentale (obbligando il paziente a visite ambulatoriali). Non specifica se questo obbligo possa essere fatto rispettare coattivamente o meno.

Inoltre, le raccomandazioni riportano una interessante “pratica corrente”: l'ordinanza di TSO extraospedaliera “viene spesso comunicata al giudice tutelare, benché tale atto non sia richiesto dalla legge”, come “garanzia aggiuntiva” per la persona in situazione di debolezza. In questo modo si vuole rendere possibile al giudice l'adozione dei “provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo”, secondo quanto previsto per i TSO ospedalieri dall'art. 35 co. 2.

Nonostante la segnalazione però non sembra che il giudice possa effettuare alcun tipo di sindacato sulla legittimità del provvedimento, a meno che effettui un'interpretazione costituzionalmente orientata per cui, *ex art. 13 Cost.*, si ritenga competente a giudicare sulla legittimità di un provvedimento limitativo della libertà personale, seppur al di fuori di esplicita previsione legislativa.

La mancanza di ogni controllo giurisdizionale, come abbiamo già accennato, pone grandissimi problemi di costituzionalità. Secondo alcuni (VINCENZI AMATO) i TSO

extraospedalieri non possono perciò applicarsi coattivamente; CASTRONOVO invece ritiene che dovrebbero potersi applicare con la forza, ma anche che questo implica gravi problemi di costituzionalità della disciplina. Egli infatti ritiene che l'art. 13 copra le limitazioni di libertà operate coattivamente, indipendentemente dalla loro 'definitività': “i provvedimenti restrittivi della libertà personale ai quali fa riferimento la norma costituzionale non necessitano di quel carattere di definitività tendenziale che affetta il carcere o il manicomio: è sufficiente ricordare che la norma assoggetta al controllo giurisdizionale anche le ispezioni e le perquisizioni personali, suscettibili di limitare la libertà personale per frazioni di tempo del tutto esigue”¹⁵⁴⁴. CASTRONOVO però non sembra adottare la tesi che vede l'art. 13 tutelare qualsivoglia limitazione della libertà personale, indipendentemente dalla sua finalità: infatti riflette che “la riserva di legge [prevista dall'art. 32 Cost.] solleva di per sé in linea di massima i trattamenti sanitari obbligatori dall'aggravio del controllo giurisdizionale”¹⁵⁴⁵,

1544 Castronovo C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit.

1545 Effettivamente vi sono norme che dispongono l'isolamento o il trattamento anche coattivi per la cura di malattie contagiose, disposte dall'autorità sanitaria, senza che sia previsto espressamente alcun controllo giurisdizionale. V. ad es. T.U. leggi sanitarie, art. 286: “L'autorità sanitaria che venga comunque a conoscenza di casi di lebbra con manifestazioni contagiose in atto deve disporre l'isolamento degli infermi nel modo che crederà più opportuno e finché non sia scomparso ogni pericolo di contagio, provvedendo di ufficio quando gli interessati non ottemperino alle disposizioni impartite. Qualora per l'isolamento sia richiesto il ricovero, questo deve essere effettuato negli appositi reparti delle cliniche dermosifilopatiche o degli ospedali comuni”. Cfr. Vincenzi Amato, *Il modello dei*

poiché è sufficiente che il legislatore fornisca, con una previsione generale ed astratta, criteri “il ricorrere dei quali è sufficiente per procedere al trattamento obbligatorio”¹⁵⁴⁶. L'A. ritiene però che nello specifico caso dei TSO psichiatrici la riserva di legge non sia sufficiente, per il fatto che “l'accertamento [della malattia mentale] non può essere conseguito mediante risultati incontrovertibili, come possono essere le prove di laboratorio, ma è mediato necessariamente da aspetti di valutazione che sono risolutivi nella decisione di trattamento, onde questa non può dirsi derivata direttamente dalla legge quale pura e semplice applicazione di essa”. Per essi è quindi necessario l'intervento di un organo giurisdizionale. CASTRONOVO vede dunque come discriminante, per la necessità di un intervento giurisdizionale, non tanto la coattività o meno dell'intervento, quanto lo spazio di discrezionalità lasciato a chi deve prendere la decisione¹⁵⁴⁷.

trattamenti, cit., p. 174.

1546 Castronovo C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., pp. 180 s. In *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, cit., articolo di qualche anno precedente, egli aveva però affermato che “la libertà è bene giuridico la cui tutela non è funzione del titolo in forza del quale la si intende limitare o restringere, bensì del rango proprio che le pertiene nell'universo dei valori costituzionali, sicché la presunta utilità del provvedimento per la salute della persona non può legittimarlo a priori”, e che “le misure adottate per combattere la follia” sono oggettivamente idonee a mettere in questione la libertà personale, e questo vale “per qualsiasi forma di trattamento sanitario obbligatorio che ne comporti l'irrogazione coattiva” (p. 619).

1547 Analogamente Montanaro, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari*, cit., pp. 1163 ss., secondo la quale uno dei motivi per cui il legislatore ha previsto maggiori garanzie

A questo punto bisognerebbe capire quale spazio abbiano questi trattamenti nella realtà. L'impressione è che per lo più non vengano utilizzati, privilegiandosi il TSO ospedalieri. Ad esempio VINCENZI AMATO riporta la testimonianza di uno psichiatra, che riferisce di non aver mai praticato un TSO extraospedaliero, affermando: “l'unica cosa che si può fare è iniettare al paziente un calmante; a questo seguirà, di norma, il 'consenso' al ricovero”¹⁵⁴⁸ (lo psichiatra sembra quindi ammettere di sedare il paziente al di fuori di qualsiasi suo consenso e di ogni provvedimento formale. Questo suo intervenire sui processi decisionali del paziente, alterandone la coscienza al di fuori delle procedure legali sembra tra il resto del tutto *contra legem*, senza, oltretutto, che l'autore della dichiarazione ne abbia la minima consapevolezza – a meno che non pensi di risolvere il problema appellandosi allo stato di necessità – il che desta una qualche preoccupazione; in ogni caso c'è motivo di dubitare della validità del consenso così ottenuto, come evidenzia anche l'autrice, virgolettando l'espressione 'consenso').

Fa pensare che questo istituto sia in totale disuso

procedurali nei casi di ricovero coattivo dei 'malati di mente' “potrebbe risiedere nella volontà di evitare (...) il rischio, ancora esistente nonostante i progressi realizzati nell'ambito delle tecniche diagnostiche psichiatriche, che il ricovero coattivo possa essere imposto a soggetti i quali, anche se malati, non si trovino però in condizioni tali da richiedere la degenza. In sostanza sarebbe la peculiare natura clinica delle malattie mentali, unita alla difficoltà di accertamento diagnostico e alla discontinuità del decorso, che le diversifica da tutte le altre malattie, ad esigere una più penetrante tutela della libertà dell'individuo di fronte ad eventuali abusi dell'autorità sanitaria”.

1548 Vincenzi Amato, *Il modello dei trattamenti*, cit., p. 178.

anche il disegno di legge presentato al Senato il 6 maggio 2008, contenente “modifiche alla l. 23 dicembre 1978 n. 833, in materia di assistenza psichiatrica”¹⁵⁴⁹. Questo infatti prevede, tra l'altro, di “istituire trattamenti sanitari extra-ospedalieri”, allo scopo di frenare la “sorta di processo di rimanicomializzazione” che si intravede “in quelle condotte operative che intendano correlare il dissenso, non validamente espresso dai malati di mente, con un intervento 'sanitario' obbligatorio finalizzato al controllo soprattutto comportamentale dei malati stessi, controllo che, quando impossibile da ottenersi mediante la somministrazione di 'terapie', deve comunque ottenersi in termini custodialistici, sfruttando cioè l'obbligo di residenza implicito nell'obbligo di trattamento residenziale, secondo il ragionamento, tutto manicomiale, per cui se i comportamenti malati non sono stati 'guariti' dal trattamento, quel medesimo trattamento, ancorché inefficace, deve continuare e il malato deve rimanere rinchiuso”. In ogni caso, se vi è chi ritiene che i TSO extraospedalieri siano da *istituire*, è naturale supporre che i quantomeno non siano usati di frequente.

Troviamo invece testimonianza dell'uso di essi in un già citato articolo di FORNARI, il quale afferma che essi sono utilizzati “[nei] casi in cui, ad esempio, è necessario somministrare periodicamente una terapia Depot a un paziente dissenziente e in cui il T.S.O. viene sciolto non appena praticata detta terapia”¹⁵⁵⁰. L'A. addirittura conia per denominare questo tipo di TSO una nuova espressione: “T.S.O. *puntiforme*”.

1549 Pubblicato in *Ragiusan*, n. 293/294, 2008, sez. 4^a, p. 201.

1550 Fornari, *Accertamenti e trattamenti sanitari*, cit., p. 61.

5. Gli accertamenti sanitari obbligatori.

Gli accertamenti sanitari obbligatori (ASO) possono essere proposti per rendere possibile ad un medico valutare le condizioni di salute mentale di una persona, obbligandola a farsi visitare, allo scopo di decidere in merito alla necessità di un trattamento, eventualmente coatto, nei casi in cui il soggetto rifiuti la visita del medico¹⁵⁵¹.

La procedura di ASO è semplificata (come per il TSO extraospedaliero). Si tratta di quella prevista in via generale dall'art. 33 comma 3 per tutti gli ASO e i TSO: “gli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico”. Non è prevista dunque né la convalida da parte di un medico della struttura pubblica, né alcun tipo di controllo giurisdizionale. Le linee guida della Regione Veneto giustificano tale procedura con il fatto che negli ASO “la privazione della libertà personale si prevede sia di breve durata e comunque non superiore a quella necessaria a realizzare le condizioni in cui il medico sia messo in grado di valutare lo stato mentale del paziente, decidere la necessità di un TSO, oppure riconoscere che non esistono i presupposti previsti dalla legge per richiedere questo intervento”. Aggiungono che “esiste una garanzia legata al fatto che l'ASO va effettuato in un luogo facilmente accessibile a testimoni che garantiscano la trasparenza

1551 “Raccomandazioni della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale”, del 29 aprile 2009, cit.; Linee guida emanate dalla Regione Veneto in materia di TSO e ASO, Allegato A alla Deliberazione della Giunta Regionale Veneto n. 847 del 31 marzo 2009, cit.

delle procedure attuate”, e specificano inoltre che l'ASO “non può avvenire in strutture riservate alla degenza ospedaliera”. E' da sottolineare, tuttavia, che queste 'garanzie aggiuntive' non sono previste dalla legge, e non sono perciò molto incisive.

Nelle raccomandazioni della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome si specifica che la proposta di ASO potrà essere *sollecitata* da informazioni fornite da altri professionisti, familiari, vicini, forze dell'ordine, ma non potrà basarsi *unicamente* su queste. In particolare, in base a queste informazioni, il medico¹⁵⁵² “in scienza e coscienza [dovrà] ipotizzare la necessità urgente di una (...) valutazione psichica”, ma egli dovrà anche aver sperimentato personalmente “che la persona in questione (...) si sta sottraendo attivamente al contatto”. Un altro caso in cui può essere necessario proporre l'ASO, secondo le linee guida, riguarda il medico non psichiatra che “pur avendo potuto visitare il cittadino, nutrendo un dubbio sulla attualità di tutti gli elementi richiesti dalla legge per l'attivazione di una proposta di TSO ritenga necessaria una valutazione specialistica psichiatrica, visita per la quale però il cittadino non fornisce il consenso”.

Per quanto riguarda la sua esecuzione, le raccomandazioni prevedono che “l'ordinanza sindacale di ASO [sia] eseguita dalla Polizia municipale che accompagna la persona al luogo indicato perché vi si svolga l'accertamento richiesto. Il personale sanitario del DSM svolge funzioni di assistenza se, e quando, il DSM disponga di un servizio di intervento per l'urgenza psichiatrica; altrimenti sarà coinvolto il personale del

1552 Che secondo le linee guida dovrebbe essere sempre un medico psichiatra del DSM, meglio se quello territorialmente competente o un altro medico della stessa équipe.

servizio del '118". In linea generale "è preferibile che l'ASO sia praticato in un servizio territoriale, in primo luogo nel CSM, ma anche in un Centro di salute o in un ambulatorio di medicina generale e, nelle ore di loro chiusura, al Pronto soccorso del presidio ospedaliero".

Gli ASO, inoltre, possono avere un'ulteriore funzione pratica, forse non prevista dagli estensori della norma, ma che trova talvolta applicazione nella prassi. In certi casi viene richiesto l'ASO, anziché il TSO, per poter prendere contatto con il soggetto e convincerlo a consentire alle terapie. Il medico infatti si presenterà per l'ASO accompagnato dalle forze dell'ordine, ed il soggetto non avrà difficoltà a credere che se rifiuta le cure che gli vengono proposte, verrà con tutta probabilità disposto un TSO. Può assolvere così di fatto alla funzione chiamata da FORNARI del TSO *puntiforme*, e di controllo dell'assunzione di farmaci una volta terminato il ricovero coatto, nel modo descritto criticamente da ANTONUCCI: "l'accertamento sanitario obbligatorio è un dispositivo di controllo meno conosciuto, [che] entra in azione dopo il TSO, dopo che il malcapitato è stato riempito di farmaci e rimandato a casa. Una volta a casa potrebbe ricominciare a pensare come prima, allora l'istituzione psichiatrica obbliga la persona a prendere le medicine perché rimanga stordita dal loro effetto e controlla bene che lo faccia, con la minaccia che, qualora non le prendesse, verrebbe nuovamente rinchiusa"¹⁵⁵³.

Da un lato questa prassi mira ad evitare al soggetto il trauma del ricovero coatto; d'altro lato però stabilisce una 'coazione indiretta' all'assunzione di farmaci (anche se la futura disposizione del TSO non è certa, è tuttavia molto probabile, e di questo è solitamente ben consapevole il

1553 Antonucci G., *Critica al giudizio psichiatrico*, cit., p. 14.

soggetto), al di fuori di ogni controllo (anche di quello del sindaco, che aveva autorizzato un ASO e non un TSO).

Per quanto riguarda la loro legittimità costituzionale, gli ASO pongono problemi simili a quelli posti dai TSO extraospedalieri, essendo la procedura la stessa per entrambi. Non vi è dubbio che gli ASO si attuino con la presenza della forza pubblica, in caso di necessità (ad esempio, agenti della polizia municipale o della polizia di Stato accompagnano il medico al domicilio del paziente ove questi rifiuti di aprire la porta, e provvedono a farlo entrare con l'uso della forza), e non vi è spazio quindi per supporre che l'imposizione venga di fatto ad assumere valenza solo obbligatoria e non coattiva (così salvando il rispetto dell'art. 13 Cost.). Anche le Raccomandazioni della conferenza delle Regioni e delle Province autonome prevedono che “l'ordinanza sindacale di ASO è eseguita dalla Polizia municipale che accompagna la persona al luogo indicato perché vi si svolga l'accertamento richiesto”.

Ovviamente l'invasività degli ASO, che si risolvono in una visita medica, è nettamente inferiore rispetto a quella dei TSO, che comportano l'imposizione di psicofarmaci e di altre terapie. Sembrano però rientrare nella categoria concettuale di 'trattamento sanitario', stando all'elaborazione dottrinale che abbiamo analizzato nel capitolo III. Ad esempio VINCENZI AMATO afferma: “al trattamento sanitario obbligatorio possono (...) ricondursi tutte quelle misure che presuppongono la messa a disposizione del proprio corpo, vuoi per la sottoposizione a visita medica, vuoi per l'applicazione di un vaccino o di una determinata cura”¹⁵⁵⁴. Riportiamo anche quanto detto nel capitolo III: la nozione di 'trattamento sanitario' risulta

1554 Vincenzi Amato, *Art. 32*, cit., p. 180.

comprensiva “non solo dei trattamenti curativi (...) e riabilitativi, (...) ma anche di quelli effettuati a titolo di prevenzione”¹⁵⁵⁵, e comprende tanto le attività terapeutiche quanto quelle diagnostiche, “ed in generale tutti gli accertamenti sanitari, purché presentino un'immediata attinenza con la salute del soggetto e la finalità di tutela di essa”¹⁵⁵⁶. MORANA aggiunge che non rilevano, ai fini della configurazione come trattamento sanitario, le modalità di realizzazione dello stesso, né il carattere eventualmente prodromico rispetto ad una possibile attività terapeutica successiva. Vi rientrano quindi, per l'A., “tanto le visite mediche quanto le vaccinazioni, le misure di isolamento e ricovero o gli accertamenti sierologici del sangue per la profilassi di malattie infettive e diffuse”¹⁵⁵⁷.

Che gli ASO configurino o meno un 'trattamento sanitario', è comunque innegabile che si risolvano in una limitazione della libertà personale. Per lo svolgimento degli stessi bisognerà infatti mettere a disposizione del medico il soggetto, superando le sue probabili resistenze, analogamente a quanto avviene per il TSO ospedaliero: REALDON ricordava come le operazioni di esecuzione del TSO comprendano “la violazione del domicilio con effrazione dell'ingresso, e talora una vera e propria caccia all'uomo, con 'cattura', immobilizzazione fisica, scorta e traduzione forzata nei luoghi di cura”¹⁵⁵⁸.

L'art. 13 Cost. stabilisce che “non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà

1555 Morana, *La salute*, cit., p. 172.

1556 Morana, *La salute*, cit., p. 172. Cfr. anche Corte Cost. 218/1994.

1557 Morana, *La salute*, cit., pp. 173 s.

1558 Realdon, Nota a Pretura di Monfalcone, 2 giugno 1980, cit.

personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”. Le sentenze della Corte Costituzionale, analizzate nel capitolo III, nel delineare i confini del concetto di 'libertà personale', hanno adottato nel corso degli anni parametri differenti: libertà personale come libertà da coercizione fisica¹⁵⁵⁹, da coercizione fisica 'di non lieve entità'¹⁵⁶⁰, dalla 'degradazione giuridica'¹⁵⁶¹, dalla menomazione della libertà morale¹⁵⁶², da assoggettamento all'altrui potere¹⁵⁶³. Il fatto di venir prelevato con la forza dal proprio domicilio, o comunque di essere coattivamente 'messo a disposizione' di un medico perché questi svolga un'analisi psichiatrica sulla propria persona non si può certo definire una condizione di libertà, secondo nessuno dei parametri utilizzati dalla Corte Costituzionale¹⁵⁶⁴.

1559 V. par. 2.5.1.

1560 V. par. 2.5.2.

1561 V. par. 2.5.3.

1562 V. par. 2.5.4. Riportiamo quanto detto a commento della sentenza n. 30 del 1962: “la Corte ritiene infatti che siano lesivi della libertà personale quei rilievi (descrittivi, fotografici e antropometrici) che richiedano “complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona” (ad esempio che richiedessero “prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico”, o che “possono rendere necessari accertamenti che vengano a menomare la libertà morale della persona, come, per esempio, nel caso in cui debbano essere compiuti su parti del corpo non esposte normalmente alla vista altrui, e specialmente nel caso in cui ciò possa importare un mancato riguardo all'intimità o al pudore della persona”)”

1563 Ibidem.

1564 Addirittura la sentenza che adotta uno dei criteri che abbiamo visto essere meno rigorosi, quello della 'menomazione della libertà morale' (criticato in quanto non considera rilevante

Queste osservazioni portano a valutare la evidente non conformità a Costituzione degli ASO. Poiché però la violazione della libertà personale e della Costituzione è decisamente più grave per quanto riguarda i TSO, ospedalieri e non, l'attenzione si sposta naturalmente su questi ultimi. Gli ASO non sono messi in discussione, forse perché senza di essi non vi potrebbero essere, in certi casi, nemmeno i TSO, e non si vuole rinunciare a questo strumento, ed in particolare alla non necessità di controllo giurisdizionale previo.

ai fini della libertà personale quei rilievi che seppur “possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona” siano effettuati per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista”, o che richiedano “una momentanea costrizione”, tendente ad esempio alla fissazione delle impronte digitali (Corte cost., sentenza n. 30 del 1962), afferma che *sono tuttavia da ritenersi sicuramente lesivi della libertà personale quei rilievi che richiedano “complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona”, e porta ad esempio esattamente lo svolgimento di esami che richiedano “complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico”* (corsivo mio). Tra queste evidentemente rientrano le indagini che il medico deve effettuare in sede di ASO: egli infatti deve fare un'indagine approfondita (o almeno così dovrebbe essere) per decidere in merito alla necessità di TSO, decisione che infatti dovrebbe essere – in teoria – ben argomentata e motivata.

6. Il tipo di trattamenti praticabili in TSO.

6.1. Contenuto dei TSO psichiatrici: patologie psichiche e patologie organiche.

Quali sono i 'trattamenti sanitari' praticabili in regime di TSO psichiatrico, come disciplinato dall'art. 34 e 35 l. 833/1978?

Vero è che la legge non li definisce, come notato *supra*, e come abbiamo visto ciò crea problemi di costituzionalità in relazione alla riserva di legge *ex art.* 32 Cost. In ogni caso però la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che essi debbano quantomeno consistere in trattamenti per la cura di 'malattie psichiatriche' (termine che già di per sé dà luogo ad incertezze, vista la componente valutativa insita in ogni diagnosi psichiatrica e la stessa mutevolezza delle 'patologie' e dei 'trattamenti' a seconda della corrente di pensiero seguita dal medico).

L'art. 35 disciplina espressamente gli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori *per malattia mentale*, richiedendo altresì che siano le “alterazioni psichiche” a rendere necessari gli “urgenti interventi terapeutici”: questi ultimi quindi dovranno essere volti a curare le alterazioni psichiche stesse, e non altre patologie eventualmente compresenti¹⁵⁶⁵. Per quanto riguarda le patologie non

1565 Cfr. Viganò, *Art. 51*, in Dolcini–Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, pp. 536 ss.: “la normativa in questione, rettamente interpretata, autorizza soltanto trattamenti *specificamente mirati alla cura dell'infermità psichica*, con esclusione quindi di trattamenti relativi a patologie ad essa non correlabili (amputazione dell'arto

psichiatriche, bisogna attenersi alla legge: eventuali trattamenti obbligatori potranno essere imposti solo in presenza di una specifica norma che lo preveda.

Questa impostazione è condivisa dalla grande maggioranza dei commentatori e degli operatori del settore. Ciononostante, gli psichiatri si trovano spesso di fronte alla richiesta di mettere in atto o convalidare TSO per patologie non psichiatriche, il che dimostra che l'opinione comune non ha pienamente recepito l'impostazione data dalla l. 833/1978; tanto da rendere necessaria, come vedremo, la redazione di paragrafi specificamente dedicati all'argomento nelle linee guida e raccomandazioni che si occupano dei TSO psichiatrici e che cercano di chiarirne la disciplina.

Per quanto riguarda la dottrina, FORNARI ad esempio commenta che ove lo psichiatra venga interpellato allo scopo di mettere in atto o legittimare l'imposizione di un T.S.O. per patologie non psichiatriche, egli “*non* è tenuto ad intervenire, dal momento che non esiste uno strumento normativo che legittimi tale provvedimento, al di fuori [dello] stato di necessità”¹⁵⁶⁶, mentre “esiste una precisa 'riserva di legge' in forza della quale non è consentito stabilire analogie tra T.S.O. che non siano espressamente previsti da una norma di legge”¹⁵⁶⁷. Sempre lo stesso autore, in un'altra opera, si esprime anche più nettamente: “Se (...) lo stato di coscienza *non* è alterato e il soggetto esprime un dissenso alle cure *non* viziato da patologia mentale, lo psichiatra *deve astenersi* da ogni forma di

in cancrena, emotrasfusioni, anestesia, etc.)”. V. anche Masotti G., Sartori T., Guaitoli G., *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. legale*, 1992, pp. 305 ss.

1566 *Ibidem*, pp. 64 s.

1567 *Ibidem*.

intervento coattivo, non essendo di sua spettanza aggredire con un T.S.O. o la somministrazione di psicofarmaci un paziente di competenza internistica o chirurgica o comunque affetto da patologie *non* psichiatriche, ancorché serie e preoccupanti per la vita del paziente”¹⁵⁶⁸.

Nel caso in cui ci si trovi di fronte ad “una patologia internistica e/o chirurgica cronica o che, comunque, non si collochi nell’ottica dello stato di necessità”, nell’impossibilità di ottenere un consenso valido¹⁵⁶⁹, FORNARI suggerisce di chiedere l’interdizione del paziente dissenziente¹⁵⁷⁰.

Passando in rassegna alcune fonti secondarie, vediamo che la direttiva dell’Emilia Romagna del 1989 analogamente dispone che “il medico psichiatra interpellato da altro medico allo scopo di legittimare l’imposizione di trattamenti sanitari per patologie non psichiatriche sulla base dell’art. 33 della Legge 833/78 non è tenuto ad intervenire. Qualsiasi intervento sanitario è praticabile in forma obbligatoria solo quando le finalità e le modalità operative sono previste da uno specifico strumento normativo oppure quando è in atto una minaccia alla salute e alla incolumità della collettività. L’art. 33 non può pertanto essere utilizzato come strumento di contrasto contro un’opposizione del singolo ad interventi medici volti al trattamento di affezioni morbose produttive di nocimento, anche estremo, alla sola salute individuale”¹⁵⁷¹.

1568 Fornari U., *Quale consenso informato in psichiatria*, in *Il consenso informato in psichiatria* (atti del convegno, Torino, 14 settembre 1996), a cura di Fornari U., Napoli, 1997, pp. 14 ss.

1569 Poiché lo psichiatra giudica lo stesso viziato dalla patologia psichica.

1570 Fornari U., *Quale consenso informato*, cit., p. 15.

1571 Negli stessi termini Buzzi e Vergine, *Rifiuto di cure e limiti di applicazione dell’art. 33 della legge 23 dicembre 1978*, n.

E' lecito infatti sostenere che il cittadino è titolare di un diritto inalienabile alla libera autodeterminazione anche nei confronti della 'aggressione medica' ai fini diagnostici e terapeutici, [avendo] il diritto di rimanere ammalato”.

Nelle Raccomandazioni della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, del 2009, si afferma che “il rifiuto del trattamento di una malattia fisica può essere il sintomo di malattia psichica”, con questo aprendo al trattamento psichiatrico obbligatorio nei confronti di chi rifiuta un trattamento 'salvavita'. Le raccomandazioni però doverosamente ricordano anche che la malattia psichica “deve essere diagnosticata clinicamente e non solo presunta”, ed altresì che in ogni caso “il TSO autorizza il solo trattamento delle alterazioni psichiche”, mentre “per quelle fisiche occorre comunque l'assenso del paziente, salvo quel che è previsto per l'urgenza e lo stato di pericolo immediato di vita”, e concludendo che “le norme [sui] TSO non sono applicabili, in linea generale, per far fronte al rifiuto di intervento da parte del paziente affetto da patologie somatiche”. Per il caso di “rifiuti delle cure fisiche che sono irrazionali in persone non in grado di valutare l'incidenza della malattia non curata sul proprio destino e non capaci di ricevere e comprendere le informazioni sul proprio stato di salute necessarie per prendere una decisione consapevole”, le raccomandazioni asseriscono che “la legge prevede le procedure che portano alla valutazione della capacità di intendere e di volere e le modalità degli interventi legali”. In realtà non è poi così chiaro quali procedure debbano seguirsi in questi casi; le raccomandazioni sembrano comunque fare riferimento (parlando di procedure previste da legge) alle procedure di interdizione, inabilitazione e attribuzione di un

833, in *Riv. it. med. legale*, 1983, pp. 59 ss.

amministratore di sostegno.

Sotto questo profilo, le linee guida della regione Veneto sembrano adottare una soluzione lievemente diversa; esse ricordano che “al di fuori di un immediato stato di necessità, il rifiuto generico di cure mediche in un soggetto che pur presenti uno stato di incapacità (demente, insufficiente mentale) non può giustificare interventi coattivi, *ma richiede il coinvolgimento del giudice tutelare (o del magistrato di turno)*”¹⁵⁷². Esse propendono quindi – sembra – per una procedura in cui il g.t. decide per l'incapace sulla praticabilità o meno del singolo intervento sanitario, e non per la necessaria attivazione delle procedure di incapacitazione legale della persona.

Anche le linee guida comunque ribadiscono che l'art. 33 della l. 833 “non può (...) essere utilizzato come strumento di contrasto contro un'opposizione del singolo ad interventi medici volti al trattamento di affezioni morbose produttive di nocimento, anche estremo, alla sola salute individuale. Il paziente capace, competente e consapevole, ha infatti il diritto di rifiutare il consenso all'atto medico”. Diritto superabile solo se previsto da una specifica norma di legge “oppure quando è in atto una minaccia alla salute e alla incolumità collettiva”¹⁵⁷³.

1572 Corsivo mio.

1573 Notiamo che molte fonti sembrano ritenere sufficiente a legittimare l'obbligatorietà del trattamento sanitario la norma di legge *oppure* la 'minaccia alla salute collettiva'. In realtà l'art. 33 l. 833 e l'art. 32 Cost. richiedono entrambe le condizioni. Forse il riferimento è in realtà non all'art. 33 l. 833 ma all'art. 32, che disciplina le 'ordinanze contingibili ed urgenti' che possono essere emanate dai sindaci in materia di igiene e sanità pubblica: “Funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria. Il ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di

Vi sono alcuni contributi dottrinali che sembrano però ritenere possibile, per quanto riguarda i pazienti sottoposti a TSO psichiatrico, l'intervento su patologie non psichiatriche da cui fosse affetto il soggetto: in particolare FIORI sostiene che il criterio della 'pericolosità a sé' nell'ambito di una patologia psichiatrica è un motivo legittimante il TSO psichiatrico, e che deve essere inteso in senso lato: “può trattarsi dunque anche della opposizione del malato ad una cura medica in carenza di manifestazioni psichiatriche acute e conclamate, ma in presenza ovviamente di una incapacità di intendere il proprio stato di malattia organica e di volervi provvedere”¹⁵⁷⁴, e come esempio di casi che richiedono il TSO pur non presentandosi come 'urgenze' in senso stretto, porta l'anoressia psichica, ma anche il *diabete* e la *cardiopatía* del malato di mente¹⁵⁷⁵. Il che lascia supporre che se determinante per il ricovero obbligatorio è la patologia fisica (seppur su persona con disturbo psichico), i trattamenti imposti saranno diretti a curare quella, e non specificamente la malattia mentale.

Questa interpretazione non sembra conforme alla legge, la quale prevede che i TSO psichiatrici abbiano lo

polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. (...) Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. (...)”. Su di esse in relazione ai TSO si v. Montanaro C., *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari 'non obbligatori')*, in *Giur. cost.*, 1983, pp. 1155-1177.

1574 Fiori, *La riforma (della riforma)*, cit., p. 546 ss.

1575 *Ibidem*, p. 547.

scopo di curare la patologia psichica.

Una soluzione più adeguata potrebbe essere invece l'intervento del giudice tutelare o dell'amministratore di sostegno-tutore, seppur anche queste soluzioni non siano esenti da critiche e possano essere comunque messe in atto solo ove il soggetto sia ritenuto incapace di decidere in ordine alla propria salute e di comprendere il significato delle informazioni relative ai trattamenti necessari ed alle conseguenze della loro omissione.

Come osserva MAGLIONA, comunque, “al malato di mente sembra (...) doversi riconoscere, almeno in linea teorica, uno spazio di libera autodeterminazione la cui ampiezza non è diversa da quella abitualmente riconosciuta a qualsiasi altro paziente”, poiché la malattia mentale di per sé non implica incapacità di autodeterminarsi. L'A. ricorda però che “non mancano in dottrina posizioni parzialmente discordanti, che tendono a riproporre, con specifico riferimento all'autonomia decisionale del paziente psichiatrico, istanze di stampo paternalistico”¹⁵⁷⁶.

MAGLIONA propone svariati spunti di riflessione sul tema, commentando la giurisprudenza inglese sviluppatasi sui trattamenti coattivi effettuabili su persone ritenute malate di mente, esposta nella prima parte di questo lavoro, ed il *Mental Health Act*, soffermandosi sul tema dell'inclusione dei “sintomi e manifestazioni” della patologia psichiatrica tra i disturbi curabili coattivamente in tale ordinamento¹⁵⁷⁷.

Osservando la normativa italiana alla luce

1576 Magliona B., *Il trattamento sanitario dell'incapace naturale. alcuni spunti di rilievo medico-legale offerti da un'interessante pronuncia della High Court of Justice*, cit., par. III.

1577 Cfr. cap. I, sez. II, par. 2 e sez. IV, par. 2.1.

dell'elaborazione giurisprudenziale inglese MAGLIONA ritiene indubitabile che gli artt. 33-35 della l. 833/1978 legittimino il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale limitatamente “ai soli interventi diretti a rimuovere l'acuzie di patologie caratterizzate da alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici”¹⁵⁷⁸. Però prende atto dell'esistenza di una lettura estensiva della norma, a suo parere plausibile a causa della “ineliminabile”¹⁵⁷⁹ ambiguità della legge, secondo la quale potrebbero trattarsi attraverso TSO non solo le patologie psichiatriche stesse ma anche le loro *manifestazioni sintomatiche*. “Si potrebbe giungere a ricomprendere nel novero dei T.S.O. (...) anche l'alimentazione forzata del soggetto affetto da anoressia, il cui rifiuto del cibo, in presenza di un grave deterioramento delle condizioni biologiche, potrebbe essere considerato alla stregua di manifestazione sintomatica della patologia mentale”¹⁵⁸⁰. Questa tesi, comunque, sembra essere assolutamente minoritaria, anche perché si allontana, come visto, dalla espressa previsione legislativa, in un campo in cui vige la riserva di legge.

Secondo l'autore, *de iure condito* le soluzioni per far fronte al caso dell'incapace naturale che rifiuti le cure di una patologia somatica non sarebbero molte. Egli esclude la legittimità della nomina di un amministratore di sostegno perché provveda in ordine alle decisioni sanitarie¹⁵⁸¹. Rimarrebbe, “nell'ipotesi più fortunata”, la

1578 *Ibidem*, par. III.

1579 *Ibidem*.

1580 *Ibidem*.

1581 “Nel contesto sanitario, in cui sono in gioco non già diritti patrimoniali ma diritti personalissimi quali quelli alla salute ed all'integrità fisica, la cui tutela sembra difficilmente delegabile a figure, quali il cosiddetto 'amministratore di sostegno', cui

possibilità di attivazione di una procedura di interdizione del soggetto, con la nomina di un tutore provvisorio; oppure di attribuire una 'funzione sostitutiva' ai “cosiddetti 'protettori naturali' (da individuarsi nella cerchia delle persone legate al paziente da una effettiva comunione di vita o dai vincoli ineludibili del sangue), ferma restando la facoltà del medico di richiamarsi, nel procedere all'intervento, agli elementi oggettivi della fattispecie nel giudizio di liceità della condotta medica, quali ad esempio quelli che potrebbero essere ravvisati nelle situazioni in cui 'le prospettive aperte dall'intervento appaiano a tal punto incoraggianti da far considerare un eventuale rifiuto come un tipo di scelta del tutto irragionevole”¹⁵⁸².

talvolta ricorrono, anche al di là dei confini indicati dal legislatore, alcuni uffici tutelari quando occorre adottare provvedimenti urgenti a tutela dei beni patrimoniali dell'incapace naturale”. Magliona B., *Il trattamento sanitario dell'incapace naturale. alcuni spunti di rilievo medico-legale offerti da un'interessante pronuncia della high court of justice*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, pp. 1231 ss.

1582 *Ibidem*, citando Nannini U.G., *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989. Sottolineiamo che quest'ultima proposta sembra altamente problematica, ed in definitiva non corretta, in quanto attribuisce al medico un potere (ed un relativa responsabilità) eccessivi, al di fuori da ogni valutazione imparziale della situazione. Come sottolinea Viganò, *Art. 51*, cit., pp. 566 ss., “uno stato di incapacità del paziente non [può] essere automaticamente desunto dall'apparente irrazionalità del rifiuto della terapia, essendo piuttosto necessario *da un lato* accertare se il paziente sia *in grado di comprendere* la propria situazione clinica, la natura e le conseguenze prevedibili dell'intervento proposto e la prevedibile evoluzione della patologia in assenza di tale intervento; e *dall'altro* se sussistono disturbi psichici in grado di influire in maniera rilevante sulla *capacità* del paziente *di formare una decisione* sulla base delle informazioni ricevute”.

Infine, *de jure condendo* MAGLIONA auspica “una riformulazione dei termini del problema, che permetta di spostare l'accento dalla 'valutazione del consenso' alla 'necessità di terapie e interventi adeguati (non necessariamente urgenti)’¹⁵⁸³” e l'introduzione “di 'un organo che possa in concreto autorizzare gli interventi opportuni, in situazioni diverse dallo stato di necessità, per i soggetti incapaci di prestare un consenso, ovvero che neghino il consenso in situazione diversa dalla capacità naturale’¹⁵⁸⁴”.

7. Il consenso della persona ritenuta incapace ai trattamenti sanitari in generale.

Fino ad ora abbiamo visto come vi siano diverse tesi che propongono soluzioni per quanto riguarda il consenso dell'incapace al trattamento sanitario. La prevalenza sembra proporre la nomina di un tutore o amministratore di sostegno¹⁵⁸⁵, che dia il consenso alle cure nell'interesse

1583 Fornari *Il trattamento del malato di mente*, cit.

1584 Magliona B., *Il trattamento sanitario dell'incapace naturale*, cit., citando Masotti G., Sartori T., Guaitoli G., *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, pp. 305 ss.

1585 L'amministrazione di sostegno è un istituto relativamente nuovo, introdotto nel nostro ordinamento con l. n. 6 del 2004. Su tale istituto si v., *ex multis*, Cendon P. e Rossi R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, 2009; AA. VV., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Giappichelli, 2008; Cassano G., *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, ed. Maggioli, 2008; Garlisi F., *L'amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai*

ed al posto del tutelato, rendendo possibile l'esecuzione del trattamento indipendentemente dall'assenso di questi. Questo sistema è stato utilizzato in più casi¹⁵⁸⁶; esso solleva però notevoli perplessità.

Infatti parte della dottrina ritiene che “né il tutore né l'amministratore di sostegno (...) possono dirsi in alcun modo titolari di un vero e proprio potere *sulla persona e sulla libertà personale* dell'incapace o del beneficiario”¹⁵⁸⁷.

quesiti della pratica, Giuffrè, 2012. Si v. inoltre, per un approfondimento degli aspetti relativi alle scelte terapeutiche ed alle direttive anticipate, AA. VV., *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate* (a cura di Borsellino P., Feola D., Forni L.), Insubria University press, 2007.

1586 V. ad es. Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, in *Corti calabresi (le)*, 2007, pp. 196 ss. e *Giur. merito* 2005, p. 1319, nonché su <http://dejure.giuffre.it>, e Trib. Modena, sez. civile, decreto 28 giugno 2004, in *Riv. it. med. legale*, 2005, pp. 188 ss., con nota di Barni M., *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*.

1587 Viganò, *Art. 51*, cit., p. 566. Cfr. anche Calò, il quale afferma che nel diritto interno, in ordine al consenso al trattamento sanitario dell'incapace legale e naturale, vi è un “silenzio legislativo” non colmabile attraverso gli artt. 357, 361 e 405 c.c. (norme sulla tutela dei minori, degli interdetti ed inabilitati e dell'amministrazione di sostegno), perché le norme sulla “cura della persona” in essi contenute “non sembrano sovrapponibili”; perciò “sarà d'uopo applicare, in attesa di una più dettagliata normativa, le previsioni (...) della (...) Convenzione di Oviedo nonché gli artt. 3 e 26 della Carta dei diritti fondamentali UE”. Calò, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, p. 18. Analogamente Magliona (v. *supra*). In giurisprudenza, Trib. Campobasso, ordinanza 26 aprile 2004 afferma che interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno possono provvedere anche ad interessi non patrimoniali, ma ritiene che

Se si adottasse la tesi per cui l'amministratore di sostegno può dare il proprio consenso ai trattamenti sanitari in sostituzione del beneficiario, rendendo anche possibile un'applicazione coattiva degli stessi, la situazione che si verrebbe a creare sarebbe delicatissima, e sarebbe indispensabile un controllo penetrante del giudice sui poteri dell'amministratore e sulle sue decisioni.

Proprio perché tutore e amministratore non dispongono di un potere sulla persona e sulla libertà personale dell'incapace, ed è ormai riconosciuto che la volontà della persona, seppur dichiarata incapace, deve essere tenuta in conto quanto più possibile¹⁵⁸⁸, non si può ignorare l'eventualità che il soggetto dichiarato incapace mostri aperto dissenso o resista fisicamente alla decisione di sottoporlo ad un determinato trattamento sanitario, con il consenso del suo tutore. Più autori hanno affrontato il problema, giungendo a conclusioni diverse.

Parte della dottrina non ritiene problematico il caso

“l'effettuazione di trattamenti sanitari di cui si assume la necessità ai fini della tutela della vita dell'interessato sia del tutto estranea all'ambito di applicazione dell'istituto, rimettendo anzi l'ordinamento giuridico vigente la valutazione di tale necessità, nei casi di imminente pericolo di vita, alla valutazione tecnica dei sanitari che hanno in cura il paziente interessato, senza alcuna necessità di intervento del giudice tutelare”. In *Giust. civ.*, 2005, pp. 3175 ss., con note di Piccinini S. e Petrone L. M..

1588 V. anche la Convenzione di Oviedo, che all'art. 6 dispone che “Where, according to law, an adult does not have the capacity to consent to an intervention because of a mental disability, a disease or for similar reasons, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law. The individual concerned shall as far as possible take part in the authorisation procedure”.

delle persone legalmente dichiarate incapaci, ed il fatto che le decisioni su di loro, anche nell'ambito strettamente personale dei trattamenti sanitari, siano prese dal tutore. Quello che preoccupa maggiormente è invece la situazione dell'incapace naturale, non interdetto né inabilitato. In questo caso, si lamenta l'assenza di indicazioni legislative, e si ritiene opportuno il coinvolgimento del giudice tutelare o di un altro organo apposito, che possa dare il consenso a specifici trattamenti, in una prospettiva *de iure condendo*¹⁵⁸⁹.

Un'altra impostazione del problema, proposta da VIGANÒ, ritiene invece necessario il coinvolgimento del giudice tutelare anche nel caso di incapaci legali, ove il tutore/amministratore constati il dissenso dell'interdetto/beneficiario in merito all'intervento sanitario da praticare: “l'amministratore di sostegno *deve* informare il giudice tutelare dell'eventuale dissenso con il beneficiario in ordine agli atti da compiere, ponendo così in condizioni il *giudice tutelare* di assumere con decreto motivato gli opportuni provvedimenti (art. 410 co. 2 c.c.), tra i quali potrebbe (...) annoverarsi l'autorizzazione a procedere comunque all'intervento, superando con mezzi coercitivi il dissenso del paziente”¹⁵⁹⁰. Ciò consentirebbe “se non altro, di assicurare il rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., rispetto ad un'ipotesi in cui risulta macroscopicamente coinvolto un problema di tutela della libertà personale del paziente”¹⁵⁹¹. Anche seguendo questa procedura rimarrebbero comunque “importanti perplessità (...) circa la compatibilità di un

1589 Masotti G., Sartori T., Guaitoli G., *Il consenso del malato di mente*, cit., pp. 310 s.

1590 Viganò, *Art. 51*, cit., p. 566.

1591 *Ibidem*.

siffatto sistema con l'altra fondamentale garanzia posta a tutela della libertà personale, rappresentata dalla riserva di legge (prevista sia dall'art. 13 che dall'art. 32 co. 2 Cost.), la quale parrebbe esigere una ben più puntuale predeterminazione dei 'casi e modi' della possibile limitazione della libertà individuale¹⁵⁹². In particolare bisogna prestare attenzione “al rischio insito nell'intendere la nomina dell'amministratore di sostegno come una facile scorciatoia per superare l'eventuale dissenso del paziente a trattamenti giudicati medicalmente indicati dai sanitari”¹⁵⁹³

8. Consenso al ricovero psichiatrico in amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: uno sguardo alla prassi, soluzioni proposte e problematiche emergenti.

Il problema appena illustrato si manifesta in tutta la sua ampiezza soprattutto ove le cure sanitarie per cui il tutore o l'amministratore danno il consenso al posto del rappresentato, siano cure *psichiatriche*¹⁵⁹⁴. In questo caso

1592 *Ibidem*.

1593 *Ibidem*. In merito v. anche Magliona, Del Sante, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indifferibile* quoad vitam: aspetti giuridici, deontologici e medico-legli, in *Riv. it. med. legale*, 2004, p. 1081 ss., *ivi* citato.

1594 In questo paragrafo si riprende, in parte, quanto scritto in Pelazza M., *Incapacità legale e ricoveri coatti: giurisprudenza*

infatti si pone un problema ulteriore: quello del coordinamento con la legge di riforma psichiatrica, che porta in luce alcune contraddizioni insite nella prassi riguardante il consenso al trattamento sanitario delle persone ritenute incapaci.

Nella prassi, infatti, lo strumento dell'interdizione e quello dell'amministrazione di sostegno vengono utilizzati anche per assegnare al tutore/amministratore il compito di prestare il consenso ai trattamenti sanitari in luogo dell'incapacitato¹⁵⁹⁵ e di decidere in merito al luogo di svolgimento delle cure nonché, più in generale, della vita della persona legalmente incapace. Nell'interpretazione assolutamente prevalente è l'espressione "cura della persona", utilizzata dal legislatore nell'illustrare le funzioni del tutore all'art. 357 (richiamato dall'art. 424 c.c. con riferimento ad interdetti ed inabilitati), a legittimare l'attribuzione al tutore di poteri inerenti le scelte terapeutiche¹⁵⁹⁶; per quanto riguarda l'amministratore di sostegno, vengono utilizzati in particolare gli artt. 405, comma 4 ("qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata") e 408, comma 1 ("la scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario")¹⁵⁹⁷.

europa e situazione italiana, in *Dir. pen. cont.*, cit.

1595 Per semplicità utilizzeremo questa espressione per riferirci non solo all'interdetto, ma anche al beneficiario di amministrazione di sostegno, nonostante per quest'ultimo non sia tecnicamente corretta.

1596 *Contra*, ad es., E. Calò, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, p. 18).

1597 Così, ad es., Trib. Modena, 15 settembre 2004, in G. Cassano, *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*,

Ciò non si verifica solamente nei casi in cui il soggetto sia totalmente ed assolutamente incapace di esprimere una qualsivoglia volontà (ad esempio, quando si trovi in stato di incoscienza dovuta a coma), ma anche quando questi, sostanzialmente in grado di esprimere la propria volontà, sia ciononostante ritenuto incapace di prendere decisioni consapevoli in ambito sanitario, perché “privo della sufficiente consapevolezza critica della malattia” e delle “conseguenze del rifiuto di sottoporsi a trattamento terapeutico”¹⁵⁹⁸.

In tali casi si potrà dunque avere il ricovero di una persona in una clinica (per trattamenti di qualsiasi tipo, ad esempio chirurgico, riabilitativo, psichiatrico; oppure strutture di lungodegenza e di assistenza continua di persone non autosufficienti), anche in presenza di un suo più o meno veemente, e più o meno consapevole, dissenso.

Non vi è alcun problema quando il soggetto legalmente incapace non si oppone alle decisioni del tutore/curatore/amministratore; quando però il tutore ritenga necessario, nell'interesse dell'incapace legale – *de facto* capace di esprimere la propria opinione – un ricovero da questi rifiutato, possono sorgere dei problemi. In tali casi, infatti, come emerge dai principi costituzionali, ed

cit., pp. 145 ss. Si v. anche, sul punto, Trib. Varese, decreto 30 aprile 2012 (Giudice tutelare G. Buffone), in www.personaedanno.it.

1598 Così, con riferimento al beneficiario di amministrazione di sostegno, P. Cendon e R. Rossi, *Amministrazione di sostegno*, cit., tomo II, p. 711; sostanzialmente utilizzano lo stesso argomento numerosi decreti di nomina di amministratori di sostegno, tra cui *ex multis* Trib. Modena, decr. 28 giugno 2004, g.t. Stanzani, *ibidem*; e Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004 e Trib. Bari, 27 dicembre 2006, entrambe in G. Cassano, *L'amministrazione di sostegno*, cit., pp. 152 ss.

anche dalla giurisprudenza Cedu precedentemente illustrata, è imprescindibile un serio scrutinio da parte dell'autorità giudiziaria sull'effettiva necessità del ricovero, sui motivi del rifiuto e sulla proporzionalità rispetto allo scopo di quella che è una vera e propria privazione di libertà del soggetto¹⁵⁹⁹; scrutinio che non pare sempre garantito nel nostro ordinamento, data la mancanza di procedure e norme esplicitamente predisposte dalla legge per disciplinare queste delicate situazioni.

Vi sono diverse pronunce in cui è stato attribuito all'amministratore/tutore il potere di acconsentire *al posto* del paziente incapace¹⁶⁰⁰, e *nonostante* il suo dissenso, ad un ricovero, una degenza o ad un trattamento sanitario anche psichiatrico. In questa sede ne analizzeremo due, particolarmente significative.

Il primo decreto di cui si tratta è un decreto di nomina di amministratore di sostegno del Tribunale di Cosenza¹⁶⁰¹. Il soggetto beneficiario, X., è, al momento della decisione, sottoposto a TSO. Egli aveva “volontariamente lasciato aperto un fornello del gas”, ed al momento in cui era stato disposto il TSO “appariva

1599 Nella sentenza Mihailovs c. Lettonia, illustrata al cap. II, par. 1.1.5. ad esempio, la Corte (§ 134) tiene a chiarire che “capacità legale” e capacità “naturale” sono due concetti non equivalenti, ben potendo l'incapace legale avere idee personali (“razionali” o meno che siano) sulle scelte relative alla sua persona (e, di conseguenza, essere di fatto privato della libertà).

1600 Si v. ad es. Trib. Modena, 15 settembre 2004; Trib. Milano, 5 aprile 2007, entrambe in G. Cassano, *L'amministrazione di sostegno*, cit., rispettivamente alle pp. 145 ss. e 708 ss. (ivi è possibile leggere numerose pronunce in argomento), nonché Trib. Torino, 15 febbraio 2006, in AA. VV., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, cit., pp. 409 s.

1601 Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, in *Corti calabresi*, 2007, pp. 196 ss., *Giur. merito*, 2005, p. 1319, e dejure.giuffre.it.

semistordito e in stato confusionale”. Il Centro di Salute Mentale (CSM) gli aveva diagnosticato una “psicosi cronica' con deliri a carattere persecutorio e di riferimento, ed allucinazioni” (delirio di persecuzione “nei confronti dei familiari”), con rifiuto di assumere gli psicofarmaci prescritti “anche in virtù del fatto che in passato [aveva] sofferto di un episodio piuttosto grave di sindrome maligna da neurolettici”. Il CSM riconosce, comunque, ad X. “un margine di consapevolezza e di autonomia abbastanza ampio”, ed anche al giudice egli appare “lucido ed orientato”. Nella cartella clinica i medici sconsigliavano il suo ritorno “ad abitare da solo nel proprio appartamento, anche per il suo rifiuto di sottoporsi ad una terapia farmacologica”, raccomandandone il ricovero in “struttura riabilitativa”.

Il giudice tutelare decide di accogliere il ricorso del responsabile del CSM volto alla nomina di un amministratore di sostegno, che acconsenta al posto di X. al ricovero presso una clinica psichiatrica, superando così il suo fermo dissenso.

Il rifiuto delle cure manifestato da X. appare al giudice viziato in radice in ragione della patologia psichiatrica da cui risulta affetto, che “menoma apprezzabilmente la sua capacità volitiva ed intellettuale”. Deve “fondatamente ritener[si] che [il soggetto] possa non rendersi esatto conto della necessità di un ulteriore trattamento sanitario” presso idonea struttura riabilitativa. Inoltre il giudice rimarca che se X. rimanesse nella propria abitazione “abitando da solo, potrebbe astenersi dall'assunzione dei necessari farmaci e consentire anzi episodi autolesionistici e pericolo per i condomini del fabbricato”¹⁶⁰². Il dissenso di X. non è dunque ostativo, a

1602 Interessante presa di posizione circa le finalità di difesa

parere del giudice, “alla sottoposizione ad un idoneo trattamento sanitario (...) necessario per la cura della sua persona”¹⁶⁰³.

Nell'opinione del giudice l'amministratore di sostegno, in generale, “deve ritenersi legittimato – ove gli sia consentito dal decreto di nomina ed alla luce della accertata patologia psichiatrica – ad esprimere o rifiutare il consenso al trattamento terapeutico e quindi a sostituirsi al disabile, agendo così 'in nome e per conto del beneficiario' [ex art. 405 c.c.]”. Ove un soggetto non sia in grado, per una accertata patologia, di effettuare una scelta responsabile, “nulla si oppone acché altro soggetto, in base ad un principio di solidarietà, e con una rappresentanza *ex lege* con copertura costituzionale, possa a lui sostituirsi esclusivamente per la sua 'cura', che è anche interesse pubblico (siccome collettivo)” [*sic*].

Nulla osta pertanto “acché – prossima a cessare l'urgenza che ha imposto il trattamento [sanitario obbligatorio] – l'amministratore di sostegno valuti, d'intesa con i responsabili del Centro di Salute Mentale, la necessità di richiedere una temporanea protrazione del ricovero in regime volontario, (...) prestando all'uopo il proprio consenso”.

Il giudice prende questa decisione nonostante si dichiari consapevole che la normativa di protezione dei

sociale del ricovero psichiatrico.

1603 Ciò sulla base del fatto che deve “fondatamente ritener[si] che [il soggetto] possa non rendersi esatto conto della necessità di un ulteriore trattamento sanitario”, ma anche perché, come visto, si ritiene opportuno che questi effettui un trattamento presso idonea struttura riabilitativa, poiché nella propria abitazione “abitando da solo, potrebbe astenersi dall'assunzione dei necessari farmaci e consentire anzi episodi autolesionistici e pericolo per i condomini del fabbricato”.

disabili non preveda “espressamente la facoltà dell'amministratore di autorizzare un trattamento sanitario in costanza di una patologia psichiatrica (l'art. 32 Cost. dispone che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»)”. Egli ritiene tuttavia che questa non escluda “che possa esser pur sempre conferito dal G.T. [all'amministratore] il potere di valutare (unitamente ai servizi sanitari a tanto deputati) quale debba essere, per il soggetto doverosamente da «proteggere» e da «curare», il trattamento sanitario temporaneo più idoneo, e di esprimere il consenso”, “sia pure valorizzando le residue capacità psichiche semprechè non confliggano con la primaria esigenza di cura protetta dalla stessa carta costituzionale [ovviamente ben diverso è il caso in cui la persona disabile sia compos sui e rifiuti consapevolmente trattamenti sanitari]”.

In considerazione dell'urgenza, è nominato per sei mesi amministratore un familiare del beneficiario.

Una decisione di questo tipo appare, come evidente, ampiamente elusiva della normativa sui ricoveri psichiatrici. Il decreto del G.T. di Cosenza rende infatti possibile il ricovero coatto di una persona in clinica psichiatrica, per la durata di sei mesi, indipendentemente dalla attenta verifica dell'attualità dei presupposti richiesti *ex art. 34 l. 833/1978*, ed al di fuori delle garanzie procedurali previste dall'art. 35 della medesima legge. Si elude così una normativa elaborata dal legislatore nella consapevolezza della peculiarità e delicatezza della materia, e nella volontà esplicita di far cessare il sistema manicomiale, che prevedeva l'isolamento del “malato di mente” tramite il ricovero coatto a lungo termine. Questa prassi pare, in sostanza, riaprire la strada alla realtà della lungodegenza coatta.

In questo caso, inoltre, il soggetto “beneficiario” non esprime semplicemente una “mancanza di consenso”, ma un netto dissenso. E' persona che mantiene la capacità di esprimersi, apparendo addirittura “lucido e orientato” al giudice e dotato di “un margine di consapevolezza e di autonomia abbastanza ampio” a parere del CSM. Nemmeno la sua avversione ai neurolettici può del resto liquidarsi come rifiuto “folle” ed immotivato di una cura “salvifica” se, come ammettono al CSM, ha effettivamente sofferto “di un episodio piuttosto grave di sindrome maligna da neurolettici”¹⁶⁰⁴. A coronare la peculiarità della decisione vi è la scelta di nominare amministratore un familiare del 'beneficiario', verso il quale, come il giudice ben sa, il soggetto rivolge la sua avversione, o 'delirio di persecuzione' che dir si voglia. Egli si troverà dunque 'nelle mani' di una persona che vede, a torto o a ragione, come minacciosa per sé, che gli impone di assumere gli psicofarmaci che lui ritiene pericolosi per la propria salute e di essere rinchiuso in clinica psichiatrica per almeno sei mesi. Difficilmente, credo, si sentirà davvero beneficiario di questa situazione.

Inoltre bisogna chiedersi come mai non si sia voluta chiedere la proroga del TSO, secondo le normali procedure. Forse i requisiti necessari non si potevano più ritenere sussistenti? In tal caso l'elusione della normativa sarebbe ancora più forte: si è costretta al ricovero coatto una persona che non sarebbe nemmeno sottoponibile a TSO.

Vero è che la situazione del soggetto è problematica. Ma se si ritiene necessario istituire un TSO per lungodegenti (come da più parti richiesto), questo

1604 Per alcuni riferimenti circa gli effetti collaterali di questo tipo di psicofarmaci, cfr. *supra*, cap. I, sez. II, par. 3.

dovrebbe avvenire per decisione del legislatore, in modo che sia possibile un adeguato dibattito pubblico sull'argomento, e non invece tramite singole decisioni 'invisibili'.

Sorge il dubbio che questo anomalo ricovero coatto e protratto sia stato determinato non tanto dall'incapacità del soggetto e dal suo bisogno di cure, quanto dall'allarme sociale destato. Ciò è anzi quanto affermato esplicitamente dal g.t.: è opportuno che il soggetto “effettui un trattamento presso idonea struttura riabilitativa” poiché, tra il resto, nella propria abitazione potrebbe costituire motivo di *pericolo* per i condomini. I rischi derivanti da una situazione di questo tipo (quali l’“esplosione” del condominio per 'fughe di gas' nella casa del soggetto) non possono essere trascurati. Il ricovero coatto in clinica psichiatrica è però soluzione anacronistica, e non prevista dalla legge. Bisogna, credo, rivolgersi a soluzioni differenti: forse è meglio attivare la giustizia penale, responsabilizzando il soggetto, ove si ritenga che egli metta o abbia messo in pericolo altre persone.

Mentre il G.T. di Cosenza parla di proroga del ricovero in regime volontario, per mezzo del consenso prestato dall'amministratore di sostegno in luogo del beneficiario, il G.T. di Bari in un più recente decreto¹⁶⁰⁵ abbandona tale *fictio juris*, parlando apertamente di *coazione*. In tale decreto il giudice tutelare barese autorizza l'amministratore di sostegno di D., una ragazza affetta da vari disturbi (tra cui fobia sociale, depressione e, soprattutto, anoressia grave) ad esprimere il consenso al ricovero in ospedale – da cui la ragazza era più volte “scappata” in precedenza, rifiutando le cure – in

1605 Trib. Bari, 27 dicembre 2006, in G. Cassano, *L'amministrazione di sostegno*, cit., pp. 680 ss.

sostituzione della beneficiaria. Il giudice dispone “l'immediato ricovero coatto di D.”, aggiungendo a tale disposizione il “divieto di contatto e/o colloqui anche telefonici” con i familiari¹⁶⁰⁶, ed incaricando altresì i carabinieri del luogo di “prest[are] prontamente ogni opportuna collaborazione all'a.d.s. (...) per l'inserimento coatto in idonea struttura” e “ricondere prontamente” la beneficiaria in ospedale in caso di allontanamento non autorizzato. Ciò “sino al momento di cessazione della programmata terapia secondo indicazioni dei sanitari responsabili”.

Questa prassi, che sembra relativamente diffusa, come accennato non appare legittima, da un punto di vista costituzionale e convenzionale. Alle riflessioni già proposte in commento alla prima pronuncia, aggiungiamo alcune osservazioni sulla conformità di queste procedure alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo¹⁶⁰⁷.

Una prima difficoltà potrebbe sorgere in relazione al controllo giurisdizionale su quella che, ricorda la Corte europea, costituisce una vera e propria privazione di libertà.

Sotto tale profilo, diverso è il caso dell'interdetto da quello del beneficiario di amministrazione di sostegno.

La disciplina dell'amministrazione di sostegno¹⁶⁰⁸

1606 Con i quali la ragazza aveva un rapporto conflittuale.

1607 Per cenni sui problemi di costituzionalità derivanti da prassi analoghe si v. Viganò F., *Art. 50*, in Dolcini – Marinucci (a cura di), *Codice Penale commentato*, IPSOA, 2011, pp. 720 ss.

1608 Disciplinata dal Titolo XII del Libro I del Codice civile, artt. 404 ss. c.c. L'art. 404 c.c. così dispone: “La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o

prevede, infatti, più occasioni

di controllo giurisdizionale da parte del Giudice tutelare: il G.T., nel corso del procedimento di nomina di amministratore di sostegno deve, in primo luogo, “sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce”¹⁶⁰⁹, disponendo altresì “anche d’ufficio, gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione”¹⁶¹⁰, al fine di emanare il decreto, nel quale verranno definiti i compiti ed i limiti dell’incarico dell’amministratore¹⁶¹¹. Il giudice “deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste” del beneficiario¹⁶¹²; analogamente l’amministratore “nello svolgimento dei suoi compiti (...) deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario”¹⁶¹³. Importante previsione è quella per cui il beneficiario stesso, tra gli altri, può rivolgere istanza al giudice per la cessazione dell’amministrazione di sostegno, quando “ritenga (...) che

temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”.

1609 Si noti però, in proposito, che la prassi non si mostra sempre rispettosa di tali disposizioni: v. ad es. quanto riportato da Masoni R., *Istruzione e competenza nel procedimento di sostegno* (Relazione all’incontro di studio “*Il punto sull’amministrazione di sostegno a otto anni dall’entrata in vigore della legge 6/2004*” svoltosi a presso il CSM il 16 -18 gennaio 2012), in www.personaedanno.it, pp. 15 ss. Esempio di simile prassi può trovarsi ad esempio in Trib. Varese, decreto 30 aprile 2012, cit.

1610 Art. 407 c.c.

1611 Art. 405 c.c.

1612 Art. 407, co. 2 c.c. Sul punto, si v. Corte cost., ord. 19 gennaio 2007, n. 4.

1613 Art. 410, co. 1 c.c.

si siano determinati i presupposti per la cessazione dell'amministrazione di sostegno"¹⁶¹⁴, o per la sostituzione dell'amministratore. Di grande rilevanza è, inoltre, l'art. 410 c.c., che prevede che "l'amministratore di sostegno [debba] tempestivamente informare (...) il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario" circa gli atti da compiere¹⁶¹⁵, e che lo stesso beneficiario, in caso di "contrasto, di scelte o di atti dannosi nel perseguire l'interesse e nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario" possa ricorrere al giudice tutelare (il quale "adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti"). A ciò si va ad aggiungere il periodico rendiconto che l'amministratore deve presentare al giudice a scadenze prestabilite¹⁶¹⁶, ed il fatto che il giudice "può convocare in qualunque momento (...) l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela (...) e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali (...) del beneficiario"¹⁶¹⁷.

E' prevista, dunque, la possibilità di un controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'amministratore di sostegno, tra cui rientrano le eventuali scelte terapeutiche e/o di ricovero in strutture assistenziali o di lungodegenza¹⁶¹⁸. I dubbi in proposito, relativi all'amministrazione di sostegno, si concentrano solamente sull'effettività di tale tutela in concreto: ci si chiede,

1614 Art. 413 c.c.

1615 Tale dovere è ribadito con chiarezza in Trib. Varese, decreto 30 aprile 2012, cit., reperibile in www.personaedanno.it.

1616 Art. 405 co. 3, n. 6 c.c.

1617 Art. 44 disp. att. c.c.

1618 Che possono essere effettuate dall'amministratore se rientranti nell'oggetto dell'incarico attribuitogli con il decreto di nomina: art. 405 co. 3, n. 3 c.c.

insomma, se effettivamente il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno – soggetto evidentemente in condizione di fragilità – sia in grado di utilizzare quegli strumenti che la legge gli offre per tutelarsi da eventuali decisioni “abusive” da parte dell’amministratore. Un degente in clinica psichiatrica, con problemi psicologici e magari da tempo residente in strutture ospedaliere, sarà cosciente delle modalità con cui adire un giudice tutelare? E, prima ancora, sarà consapevole della possibilità di farlo? Problema ulteriore, ma che in questa sede può essere solamente accennato, riguarda le concrete possibilità del soggetto di far valere la propria opinione “superando” eventuali diagnosi mediche che stabiliscano che il dissenso da questi formulato ai trattamenti medici consigliati sia viziato dalla patologia stessa, e dunque giuridicamente irrilevante.

L’interdizione, invece, manca totalmente di garanzie, a causa dell’impossibilità per l’interdetto di chiedere una revisione della propria situazione legale (e dunque di chiedere la revoca dell’interdizione, oppure la sostituzione del tutore), o di contestare singoli atti posti in essere dal tutore stesso che ritenga contrastanti con il proprio interesse, in conseguenza della più generale incapacità processuale ex art. 75 c.p.c.: “le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità”¹⁶¹⁹.

1619 Seppur se da un lato sembrerebbero esservi talune garanzie giurisdizionali in più – rispetto a quelle previste per la nomina di un amministratore di sostegno – nella fase di applicazione della misura, ad esempio per quanto riguarda la presenza necessaria del P.M. in udienza (richiesta dall’art. 714 c.p.c., per il procedimento di interdizione, non imposta invece dall’art. 407 c.c. per la nomina di amministratore di sostegno) e la

Vero è che il giudice, di ufficio, dovrà sollecitare l'avvio di un procedimento per la revoca dell'interdizione (o la sua conversione in inabilitazione o amministrazione di sostegno) quando siano venuti meno i presupposti che l'avevano determinata (così dispone l'art. 429 c.c.¹⁶²⁰); tuttavia non può sfuggire come lasciare questa possibilità all'iniziativa del giudice (o del P.M., del tutore stesso o di

collegialità della decisione (v. ad es. l'ordinanza con cui il G.T. del Tribunale di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 407 e 410 c.c., ove si ritiene il procedimento di nomina di amministratore di sostegno dotato di minori "garanzie e cautele"). La natura contenziosa o di volontaria giurisdizione del giudizio di apertura e revoca di amministrazione di sostegno, da cui discendono conseguenze circa talune garanzie procedurali per il beneficiario, è controversa (anche se pare prevalere la tesi che ritiene si tratti di volontaria giurisdizione: ex multis, tra i contributi più recenti, v. Baroncini V., *Perpetuatio iurisdictionis e regolamenti di competenza nell'amministrazione di sostegno*, nota a Cass. civ., sez. VI, 7 maggio 2012, n. 6880, in *Famiglia e Diritto*, 2012, pp. 1105 ss).

1620 "Quando cessa la causa dell'interdizione o dell'inabilitazione, queste possono essere revocate su istanza del coniuge, dei parenti entro il quarto grado o degli affini entro il secondo grado, del tutore dell'interdetto, del curatore dell'inabilitato o su istanza del pubblico ministero. Il giudice tutelare deve vigilare per riconoscere se la causa dell'interdizione o dell'inabilitazione continui. Se ritiene che sia venuta meno, deve informarne il pubblico ministero". Inoltre, come visto per l'amministratore di sostegno, l'art. 44 disp. att. c.c. dispone che il giudice "può convocare in qualunque momento il tutore, il protutore, il curatore e l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela, della curatela o dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario".

altri parenti) sia quantomeno insoddisfacente dal punto di vista delle garanzie, richieste anche dalla giurisprudenza di Strasburgo. Nel caso in cui il dissenso riguardi il ricovero in una clinica dove, come frequentemente accade, venga limitata la libertà del paziente in merito all'uscita dalla stessa (oltre che in merito alle scelte terapeutiche) sulla base delle indicazioni del tutore, si può creare facilmente, nel nostro quadro normativo, una situazione del tutto analoga a quella che ha portato, ad esempio, alla condanna della Lettonia nel caso Mihailovs¹⁶²¹, in violazione del diritto alla libertà personale tutelato dalla Cedu, *sub* art. 5.

Con riferimento, invece, non al profilo dei controlli giurisdizionali sui ricoveri, quanto ai presupposti legittimanti il ricovero coatto stesso, bisogna chiedersi, tenendo a mente i requisiti individuati dalla Corte di Strasburgo per la legittimità di tali ricoveri, se la normativa italiana ne garantisce il rispetto, nei casi di ricovero di interdetti o “amministrati” dissenzienti.

La risposta appare negativa, seppur, come vedremo, in qualche modo “temperata” da quella che sembra essere la prassi seguita dai giudici tutelari italiani.

Il nostro ordinamento, nel disciplinare interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno, non si occupa – o quantomeno, non lo fa espressamente – delle decisioni terapeutiche¹⁶²².

1621 C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 22 gennaio 2013, Mihailovs c. Lettonia, cit., sulla quale v. *supra*, cap. II, par. 1.1.4.

1622 Come visto *supra*, l'interpretazione prevalente attribuisce al tutore poteri inerenti le scelte terapeutiche sulla base dell'espressione “cura della persona”, utilizzata dal legislatore nell'illustrare le funzioni del tutore all'art. 357 (richiamato dall'art. 424 c.c. con riferimento ad interdetti ed inabilitati); per quanto riguarda l'amministratore di sostegno, vengono richiamati gli artt. 405 e 408 c.c.

Anche per questo solo motivo, dunque, potrebbe essere messa in dubbio, in certi casi, la legittimità¹⁶²³ della prassi che normalmente attribuisce il potere di effettuare tali scelte a tutori ed amministratori, in assenza di una chiara indicazione normativa in tal senso e di un preciso meccanismo di controllo giurisdizionale sui ricoveri – come invece previsto dalla diversa normativa sul T.S.O.

Il quadro normativo, dal momento che non disciplina questo aspetto, non esige il rispetto di alcun requisito (se non quelli desumibili in via generale dalla complessiva disciplina dei singoli istituti¹⁶²⁴); tantomeno di quelli ritenuti necessari dalla Corte EDU per la legittimità di un ricovero contro la volontà dell’“alienato”, ossia in particolare la necessaria sussistenza di una patologia psichiatrica oggettivamente emergente da perizie mediche, di “gravità tale da giustificare la privazione della libertà personale”¹⁶²⁵.

Nella prassi, *de facto*, i giudici tutelari fonderanno normalmente le loro decisioni – soprattutto quando si tratti di attribuire all’amministratore di sostegno il potere di acconsentire ad un ricovero in clinica psichiatrica – su documenti medici, contenenti diagnosi e terapie consigliate (quando non su perizie appositamente

1623 *In primis* costituzionale (artt. 13 e 32 Cost.).

1624 In particolare, si v. l'art. 407 c.c., che al comma 3 dispone che al fine di emanare il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno il giudice “dispone (...), anche d'ufficio, gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione” (per interdizione ed inabilitazione si v. invece l'art. 419 c.c.).

1625 Come visto *supra*, tale requisito viene interpretato dalla Corte sostanzialmente come “pericolosità per sé o per altri” (§ 149 della sentenza Mihailovs c. Lettonia, cit. nonché la recente sentenza Plesò, cit., § 65 ss.).

effettuate), e priveranno il “beneficiario” della capacità di autodeterminazione in campo terapeutico e di libertà solo in casi effettivamente gravi. Tuttavia, la legge non richiede necessariamente una documentata diagnosi medica¹⁶²⁶, e soprattutto non dà indicazioni circa le caratteristiche delle patologie che, adeguatamente documentate, possano fondare un ricovero psichiatrico coatto¹⁶²⁷: non è dunque escluso che simili decreti siano conformi alla Cedu, ma tale conformità dovrà verificarsi di volta in volta, per ogni singola decisione: sembra proprio che l’ordinamento non garantisca in via generale, sotto questo profilo, il rispetto della Convenzione (per non parlare del rispetto della Costituzione).

Ciò vale a maggior ragione nel caso dell’interdizione, dove il tutore, una volta nominato, ha il generale potere/dovere di aver “cura della persona” interdetta¹⁶²⁸ (oltre che di rappresentarla in tutti gli atti civili ed amministrarne i beni¹⁶²⁹), senza bisogno di una specifica “delega” in tal senso. Al tutore non sono attribuiti solamente quegli specifici poteri (di rappresentanza e/o di assistenza) ritenuti dal giudice adatti per la concreta situazione portata alla sua attenzione, diversamente da quanto avviene per l’amministratore di sostegno¹⁶³⁰. E’

1626 Gli artt. 407 e 419 c.c., infatti, non sembrano porre l’obbligo di disporre un accertamento medico.

1627 In aperto contrasto, oltretutto, con l’art. 13 Cost., a norma del quale una privazione di libertà, per essere legittima, deve avvenire nei soli “casi e modi” determinati dalla legge: cfr. in tal senso Viganò F., *Art. 50*, cit., p. 726.

1628 Quantomeno secondo l’interpretazione assolutamente prevalente.

1629 Artt. 357 e 424 c.c.

1630 La figura dell’amministratore di sostegno, infatti, è stata istituita proprio allo scopo di “modula[re] (...) un sistema di

quindi minore il controllo del giudice circa gli atti che il tutore compirà nello svolgimento della propria funzione: si tratta di una differenza significativa, che va a completare il quadro dell'istituto, che già presentava gravi carenze di garanzie per l'impossibilità per l'interdetto di adire un giudice in caso di dissenso o per la revoca della misura.

9. Ammissibilità di trattamenti obbligatori nei confronti di persone ritenute capaci e che rifiutano le cure.

Abbiamo già fatto cenno, nelle riflessioni che precedono, al caso dei soggetti che non risultano 'malati psichici', ma che rifiutano le cure: si pone il problema della possibilità di procedere ad eventuali trattamenti 'salvavita' pur in presenza di loro dissenso. Affronteremo qui il problema nei suoi soli punti essenziali, in quanto parte significativa dell'ampio contesto della libertà di autodeterminazione terapeutica; di casi analoghi si è già parlato nel cap. I, in sede di analisi della giurisprudenza britannica¹⁶³¹.

In alcuni di questi casi i medici hanno richiesto l'autorizzazione ad intervenire coattivamente alla procura¹⁶³². Tali autorizzazioni però non sembrano

intervento che tenga conto delle necessità effettive del disabile” (Trib. Brescia, 12 ottobre 2005, in Cendon P. e Rossi R., *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 820 ed in www.personaedanno.it) per “tutelare con la minore limitazione possibile della capacità d’agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia” (Trib. Palmi, 24 maggio 2004, g.t. Paganelli, ivi, pp. 824 s. ed in www.personaedanno.it).

1631 Cfr. cap. I, sez. III e IV.

1632 Come avvenuto ad esempio nel caso giudicato da Cass. civ.,

ammissibili¹⁶³³. Come osserva MONTANARO, “l'art. 32 Cost., (...) ponendo la riserva di legge in ordine ai trattamenti sanitari obbligatori, ha, presumibilmente, voluto escludere proprio la possibilità di interventi non previsti dalla legge e quindi potenzialmente lesivi della libertà individuale. Se quindi, in certe circostanze, si ritiene opportuno intervenire, è soltanto la legge che deve stabilirlo preventivamente”¹⁶³⁴. In altri casi¹⁶³⁵ sono stati autorizzati trattamenti sanitari¹⁶³⁶ (nella specie,

15 settembre 2008, n. 23676, in *Foro it.*, I, c. 63 ss., e da Cass.civ., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211. Ulteriori riferimenti in Montanaro, *Considerazioni in tema di trattamenti*, cit., p. 1169, che riporta “svariati interventi dall'autorità giudiziaria” in questo senso, variamente motivati, riferentesi “in certi casi allo stato di necessità, in altri all'ordine pubblico, in altri ancora al dovere di soccorso”. V. anche *infra*, in questo paragrafo, Tribunale di Torino, Sezione GIP, ord. 15 gennaio 2013, Giud. Ferracane.

1633 Cfr. Viganò, *Art. 51*, cit., p. 567: “la legittimità di un trattamento coattivo in presenza del dissenso di un paziente capace di autodeterminarsi non può fondarsi su eventuali provvedimenti giudiziari autorizzativi del trattamento, (...) i quali sarebbero senz'altro *illegittimi*, in difetto di qualsiasi norma che attribuisca al giudice il potere di incidere in senso limitativo sul diritto fondamentale di cui all'art. 32 co. 2 Cost.”.

1634 *Ibidem*. La legge che prevedesse trattamenti sanitari nel solo interesse del singolo risulterebbe incostituzionale, *ex art. 32 Cost.*, che impone che trattamenti obbligatori possano essere imposti solo ove sia in gioco un pericolo diretto per la salute collettiva. Di questo parere è la maggioranza della dottrina; *contra*, ad es., Montanaro, *ibidem*.

1635 Pret. Modica, 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, pp. 271 ss.

1636 Anche se il pretore (pret. Modica, cit.) nega che il decreto autorizzasse alcun trattamento sanitario obbligatorio, limitandosi “a proteggere il diritto (e, insieme, l'obbligo) del sanitario e della struttura ospedaliera in cui questi opera di

emotrasfusioni) con provvedimenti urgenti *ex art. 700 c.p.c.*¹⁶³⁷: questi devono ritenersi “del tutto abnormi, (...) non essendo in alcun modo configurabile un *diritto soggettivo* del medico (la cui tutela possa essere anticipata *ex art. 700 c.p.c.*) a praticare una terapia su di un paziente dissenziente”¹⁶³⁸.

praticare le terapie ritenute necessarie, senza per questo imporre al paziente, che con coscienza e volontà dissente, di subirle, impedendogli di allontanarsi”.

1637 Art. 700 c.p.c.: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

1638 Viganò, *Art. 51*, cit., p. 567. Così invece il pretore: “Non è seriamente contestabile che il ricorrente, medico in servizio presso uno stabilimento ospedaliero dell'Usl (...) avesse, non solo l'obbligo, ma anche il diritto di esplicare la propria attività professionale senza subire interferenze da parte di soggetti estranei all'organizzazione sanitaria e, comunque, non addetti al reparto con funzioni gerarchiche sovraordinate. Egli, (...) era il sanitario di turno del reparto, (...) e, pertanto, aveva pieno titolo per decidere in totale autonomia di giudizio, essendo, in tal senso, anche l'unico responsabile delle conseguenze della terapia praticata. Non vi è, pertanto, dubbio che l'opposizione della Anastasi e, più ancora, dei parenti di costei (i quali, di fatto, impedivano la pratica trasfusionale) finiva per ledere gravemente il diritto del ricorrente all'esercizio della propria attività professionale e, financo, per limitare e comprimere la sua libera ed esclusiva determinazione e discrezionalità tecnica nella scelta della terapia”. “Occorrerà stabilire se veramente sussisteva, nei termini *supra* delineati, la 'libertà' della paziente, se tale 'libertà' sia veramente di rango più elevato rispetto a quella del sanitario, se essa, infine, sia stata veramente

Un'altra via seguita è stata quella dell'emanazione da parte del sindaco di ordinanze di necessità, *ex art.* 32 l. 833/1978, secondo il quale in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria “sono emesse (...) dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa (...) al territorio comunale”.

In questo genere di ordinanze il sindaco esercita, in deroga al principio di legalità, un potere *extra ordinem*, per cui sul presupposto dell'urgente necessità può porre in essere “comportamenti non tipicizzati dalla legge in quanto difficilmente riducibili, attraverso [un] processo di astrazione, (...) ad un unico paradigma”¹⁶³⁹. Le ordinanze di necessità sono però sempre teleologicamente vincolate¹⁶⁴⁰: nel caso delle ordinanze contingibili ed urgenti di cui all'art. 32 l. 833, il potere può essere esplicito solo in tema di igiene per motivi di sanità pubblica¹⁶⁴¹. Non sembra dunque “che possa estendersi fino a comprendere provvedimenti riguardanti la malattia di un solo individuo che non abbia alcuna ripercussione sulla salute della collettività”; oltretutto, in tal caso, “mancherebbe proprio il presupposto fondamentale

rivendicata da chi ne era titolare. (...) Qui basterà, intanto, osservare che l'attività posta in essere della Anastasi e dai suoi parenti, (...) era indubbiamente tale da provocare il totale annientamento dei diritti del sanitario, giacché, nella sostanza, si impediva a costui, non solo lo svolgimento(...) della professione medica, ma anche il corretto esercizio delle funzioni di pubblico dipendente, imponendogli la rinuncia ad una terapia ritenuta l'unica idonea ad impedire la morte della paziente”.

1639 Montanaro, *ibidem*, p. 1157.

1640 *Ibidem*.

1641 E, trattandosi di norma eccezionale, deve applicarsi l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui “le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati”.

dell'ordinanza di necessità e cioè il pericolo di grave danno che minaccia il pubblico interesse”¹⁶⁴².

In altre occasioni è stata emanata ordinanza sindacale di TSO, *ex art.* 33 l. 833/1978. Abbiamo visto però come tale articolo dichiara ammissibili le ordinanze sindacali impositive di TSO esclusivamente “nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato”. Per cui al di fuori dei pochi casi previsti da legge, non è possibile per il sindaco imporre trattamenti sanitari ritenuti necessari ad un soggetto capace.

Ulteriormente, si è avuta l'applicazione di TSO *ex art.* 34 e 35 l. 833, ossia seguendo la disciplina dei TSO psichiatrici. Bisogna avvertire però che il caso in questione¹⁶⁴³ era notevolmente più complicato di quelli riguardanti adulti capaci, in quanto si trattava di una bambina di circa tre anni “affetta da una grave crisi emolitica per sospetto favismo, [che] necessitava di un'immediata terapia emotrasfusionale, alla quale però si opponevano i genitori che, come Testimoni di Geova, non accettavano tale terapia, contraria, com'è noto, ai loro convincimenti religiosi”¹⁶⁴⁴. La condizione di minore comporta ovviamente una serie di particolarità in ordine alla potestà decisionale sui trattamenti sanitari cui sottoporsi; l'opinione prevalente sembra sostenere, in questi casi, l'applicabilità degli artt. 330 e 336 c.c., in particolare “nella parte in cui il Tribunale può adottare

1642 *Ibidem*.

1643 Ordinanza n. 1142 del sindaco del comune di Roma, 24 maggio 1982, cit. in Montanaro, *Considerazioni in tema di trattamenti*, cit., ed anche in Buzzi e Vergine, *Rifiuto di cure e limiti di applicazione dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978*, n. 833, in *Riv. it. med. legale*, 1983, pp. 59 ss.

1644 Montanaro, *Considerazioni in tema di trattamenti*, cit., p. 1156 e 1163.

anche d'ufficio provvedimenti temporanei nell'interesse del (...) minore”¹⁶⁴⁵. Il fatto che fosse stata seguita la procedura 'psichiatrica' per un TSO per patologia organica potrebbe comunque essere sintomatico della volontà di seguire una procedura più garantista della mera sequenza 'proposta di un medico-ordinanza del sindaco' prevista dall'art. 33, l. 833.

Ulteriore caso in cui si è cercato, in un primo momento, di superare il dissenso di una persona alle cure tramite un provvedimento di TSO è stato quello di alcuni detenuti in sciopero della fame, per procedere all'alimentazione forzata degli stessi. Commentando tali problematiche, autorevole dottrina ha osservato che “l'ambito classico ed articolatamente disciplinato dei T.s.o. è quello dell'infermità mentale”, domandandosi: “è dato leggere, nell'art. 33 della legge sanitaria, una clausola generale valida in qualsiasi caso di opposizione a terapie ritenute necessarie?”¹⁶⁴⁶. Secondo l'A. la risposta è negativa, dovendosi preferire “l'interpretazione testuale restrittiva, secondo cui i T.s.o. sono ammessi solo per gli infermi di mente”¹⁶⁴⁷.

In tutti questi casi (per quanto riguarda i pazienti adulti) abbiamo dunque visto che la soluzione di volta in volta adottata si è rivelata inadeguata. Questo sia per gli ostacoli 'tecnici' riscontrati (per l'inadeguatezza degli

1645 *Ibidem*, anche per una panoramica sulle particolarità dell'applicazione obbligatoria di trattamenti sanitari rifiutati dagli esercenti la patria potestà sul minore, su cui v. anche Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit.

1646 Pulitanò D., *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Quest. giust.*, 1982, n. 2, pp. 369 ss. Sullo stesso episodio v. anche Onida V., *Dignità della persona e 'diritto di essere malati'*, *ibidem*, p. 361 ss.

1647 *Ibidem*, p. 373.

strumenti giuridici utilizzati: si pensi ad esempio all'art. 700 c.p.c., o alle ordinanze di TSO non basate su alcuna previsione legislativa); ma anche e soprattutto per una “sensibilità giuridica” che ormai “riconosce pacificamente all'individuo un diritto fondamentale, in forza dell'art. 32 secondo comma, di dire 'no' a qualsiasi terapia, salve le limitazioni espressamente previste dalla legge; diritto fondamentale che, a sua volta, riposa sul riconoscimento di un'area di inviolabilità che l'ordinamento costituzionale erige attorno al corpo della persona, concepito quale recinto affidato alla esclusiva autodeterminazione individuale e protetto da ogni ingerenza, foss'anche benintenzionata, dei terzi”¹⁶⁴⁸.

1648 Viganò F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, su www.forumcostituzionale.it. Ivi riferimenti giurisprudenziali. V. anche Viganò F., *I presupposti di liceità del trattamento medico alla luce della recente giurisprudenza civile e penale*, in *Corr. merito*, n. 4, 2009. Cfr. anche Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, parere del 20 giugno 1992, reperibile all'indirizzo www.governo.it/bioetica/pareri.html, ove si afferma che “nonostante la sofferenza del sanitario che vede morire il proprio assistito senza poter espletare l'atto terapeutico probabilmente risolutivo, egli deve ispirare il proprio comportamento all'art. 40 del Codice di deontologia medica (1990) quando afferma che 'il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico non essendo consentito alcun trattamento sanitario contro la volontà del paziente’”; cfr. anche il più recente parere *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008. *Contra* si levano alcune voci, tra cui Fiori A., *Il caso Welby, i medici, i pesi e le misure*, in *Medicina e Morale*, 2007, pp. 917 ss.: “Il rifiuto da parte del paziente delle cure mediche necessarie *quoad vitam* implicando in effetti un atto

Non può dimenticarsi, infine, che in alcuni casi trattamenti anche molto invasivi vengono praticati contro la volontà del paziente anche senza una valutazione della capacità di quest'ultimo, o nonostante la sua accertata capacità, eventualmente sulla base di una sorta di “autorizzazione a procedere” conferita – impropriamente – dalla Procura. Particolarmente significativi sono, in questo senso, i casi riguardanti i Testimoni di Geova che rifiutano le trasfusioni di sangue, anche se ritenute necessarie dai medici che li hanno in cura.

Nonostante la – relativa – frequenza di casi in cui gli operatori sanitari avevano proceduto ad effettuare trasfusioni contro la volontà del paziente che, consapevole dei rischi e capace, le rifiutava, non si riscontrano numerose pronunce in sede penale sull'operato di medici ed infermieri in questi casi. Particolare interesse suscita dunque una recente pronuncia del GIP di Torino¹⁶⁴⁹ in un caso di questo tipo. Il giudice ha infatti accolto la richiesta di archiviazione formulata dalla procura nei confronti dei sanitari¹⁶⁵⁰, ma solo sulla base della riconosciuta *ignoranza*

contra legem di disposizione della vita stessa che viceversa il sistema giuridico ritiene inviolabile ed indisponibile in assoluto non può essere vincolante per il medico, il quale potrà dunque lecitamente intervenire obbedendo alla propria posizione di garanzia ed all'etica professionale”, ed, analogamente, Iadecola G., *In tema di rilevanza penale come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, Riv. It. Med. Leg., 2001, pp. 219 ss. Cit. in Magliona B. e Del Sante M., *Trasfusioni di sangue e testimoni di geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, in Riv. it. med. legale, 2009, n. 1, pp. 71 ss.

1649 Tribunale di Torino, Sezione GIP, ord. 15 gennaio 2013, Giud. Ferracane, in *Dir. pen. cont.*

1650 I reati ipotizzati in relazione ai fatti erano lesioni personali

inevitabile della legge penale sul punto da parte degli operatori¹⁶⁵¹. Questi ultimi, prima di procedere alla trasfusione, avevano infatti chiesto chiarimenti circa la legittimità di tale azione alla Procura di Torino, che aveva fornito “un'erronea ma autorevole assicurazione scritta circa la liceità della pratica emotrasfusionale, nonostante il dissenso del paziente, in presenza di un pericolo di vita per il paziente medesimo”¹⁶⁵², asserendo che “a fronte del pericolo grave e imminente per la vita segnalato ... può fondatamente ritenersi sussistente lo stato di necessità che nel nostro ordinamento giuridico consente di effettuare le cure necessarie a salvaguardare la vita sia pure in presenza di opposizione da parte dell'interessato (che non è titolare del diritto di libera disposizione del proprio corpo se questa determina atti contrastanti con la salute, integrità e vita dello stesso)”.

Il giudice ha osservato che “laddove il singolo individuo-paziente rifiuti il trattamento sanitario viene meno, al contempo, sia il titolo giuridico di legittimazione dell'attività medica, che - da un punto di vista penalistico - la posizione di garanzia e l'obbligo di agire che ne discende ex art. 40 cpv. c.p. in capo al medico”. Nel commentare questa sentenza, VIGANÒ nota che da essa

colpose, violenza privata e stato di incapacità procurato mediante violenza (artt. 610, 590 e 613 c.p.).

1651 L'ignoranza inevitabile è riconosciuta operante in relazione al reato di cui all'art. 613 c.p. Per una illustrazione ed un commento della sentenza nel suo complesso si v. Viganò F., *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale*, in *Dir. pen. cont.*, 21 maggio 2013.

1652 Viganò F., *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale*, cit.

emerge – quanto all'eventuale operare dello stato di necessità – che esso “non potrà essere invocato quale causa di giustificazione della violazione del diritto costituzionale di un paziente capace di rifiutare consapevolmente qualsiasi trattamento medico non espressamente previsto dalla legge, ancorché necessario per la sua sopravvivenza, non essendo d'altra parte evincibile dall'ordinamento costituzionale alcun 'dovere di mantenersi in vita' - né, a fortiori, di mantenersi in buona salute - in grado, come tale, di legittimare interventi coattivi sul corpo del paziente”¹⁶⁵³. Quanto all'art. 5 c.c., dalla sentenza può invece trarsi la conclusione che esso “semplicemente pone limite agli atti di disposizione negoziali del proprio corpo, vietando che il corpo possa formare oggetto di diritti altrui; ma non esprime - né potrebbe esprimere, stante la sua posizione nella gerarchia delle fonti - un principio generale di indisponibilità della propria salute e della propria stessa vita in grado di limitare il diritto costituzionale a rifiutare il trattamento medico, direttamente fondato sull'art. 32 co. 2 Cost.”¹⁶⁵⁴.

1653 *Ibidem*.

1654 *Ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

- ALGOSTINO A., *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3213 ss.
- AA. VV., *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate* (a cura di Borsellino P., Feola D., Forni L.), Insubria University press, 2007.
- AA. VV., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Giappichelli, 2008.
- ABDELMAWLA. A., MITCHELL. A., *Sudden cardiac death and antipsychotics. Part 1: Risk factors and mechanisms*, in *Advances in Psychiatric Treatment*, 2006, 12, pp. 35 ss.
- AIKEN F., DUXBURY J., DALE C., HARBISON I., *Review of the Medical Theories and Research Relating to Restraint Related Deaths*, pubblicato da *Caring Solutions (UK)* e *University Of Central Lancashire*, 2011
- ALLEN N., *The Bournemouth Gap (As Amended?)*, in *Med Law Rev* 2010, 18, pp. 78 ss.
- AMATO G., *Art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna, 1977.
- AMATO, G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976.
- AMNESTY INTERNATIONAL, report "USA: Stun weapons in

- law enforcement*”, 2008.
- AMNESTY INTERNATIONAL, report “*Less than lethal? The use of stun weapons in US law enforcement*”, 2008.
- AMNESTY INTERNATIONAL, report “*Tasers – potentially lethal and easy to abuse*”, 2008.
- ANDREOTTI, *Relazione alla legge 180*, in *La legislazione italiana*: 1978, IV, Giuffrè, Milano, 1978.
- ANDRIOLI. V., *Gli infermi di mente avanti la Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1968, pp. 1080 ss.
- ANTONUCCI G., *Critica al giudizio psichiatrico*, Cuneo, 2005
- ANTONUCCI G., *Critica al giudizio psichiatrico*, ed. Sensibili alle Foglie, 2005 (II ed.).
- APPLEBY L, THOMAS S, FARRIER N, LEWIS G, SHAW J, AMOS T., *Sudden unexplained death in psychiatric in-patients*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2000, 176, pp. 405 s.
- ARACHI A., *Appello degli psichiatri: torniamo all'elettroshock per le depressioni gravi*, in *Corriere della Sera*, 15 febbraio 2008.
- ARIATTI R., FERRARI G., FIORITTI A., *Il consenso alla cura psichiatrica*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di CENDON.
- BARALDO M., *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale* (nota a

- Cass. pen., 14 novembre 2007, n. 10795, *Pozzi*), in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4638 ss.
- BARDUSCO A., *Il labirinto delle malattie di mente e la legge 180*, in *Dir. Soc.*, 1978, pp. 711 ss.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BARNI M., *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente* (nota a Trib. Modena, sez. civile, decreto 28 giugno 2004), in *Riv. it. med. legale*, 2005, pp. 188 ss.
- BARONCINI V., *Perpetuatio iurisdictionis e regolamenti di competenza nell'amministrazione di sostegno*, nota a Cass. civ., sez. VI, 7 maggio 2012, n. 6880, in *Famiglia e Diritto*, 2012, pp. 1105 ss).
- BARTLETT P. e SANDLAND R., *Mental Health Law: Policy and Practice*, Oxford University Press, 2007
- BARTLETT P., *A matter of necessity? Enforced Treatment under the Mental Health Act*, in *Medical Law Review*, 2007, pp. 86 ss.
- BARTLETT P., LEWIS O. e THOROLD O., *Mental disability and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- BASAGLIA F. e BASAGLIA ONGARO F., *Crimini di pace*, in *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come custodi di istituzioni violente*, a cura di BASAGLIA F. e F. BASAGLIA ONGARO, Torino, 1975.

- BASAGLIA F. (a cura di) *L'istituzione negata – Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Torino, 1968.
- BASAGLIA F. e F., *Introduzione ad Asylums*, di E. GOFFMAN, Torino, 1968.
- BASAGLIA, in *Problemi di legislazione psichiatrica nei Paesi occidentali: il caso italiano*, a cura di BASAGLIA, ACCERTATIS, GIANNICHELLA, Arezzo, 1979.
- BAUMAN Z., *Broken lives, broken strategies*, trad. it. in *Rass. it. di sociologia*, XXXVI, 1, 1995, pp. 3-26, ora in BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.
- BLASI B. e FERPOZZI E., *Trattamenti sanitari obbligatori per malati mentali. Note critiche sulla normativa vigente e sul disegno di legge governativo del 1990*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pp. 1064 ss.
- BEDUSCHI L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2011, pp. 255 ss.
- BICKLE A., ABDELRAZEK T., ABOAJA A., PAGE K., *Audit of Statutory Urgent Treatment at a High Security Hospital*, in *Journal of Mental Health Law*, 2007, p. 66 ss.
- BIRKHOFF J. M., *Nozioni di Medicina Legale*, Milano, 2011.
- BONNIER Y., ANDREOLI M.V., et al., *Farmaco buono o cattivo? Opinioni di un gruppo di utenti*, in *Riv. sper. freniatria*, n. 3, 2004.

- BORSCHMANN R. D. ET AL., *Section 136 of the Mental Health Act: a new literature review*, in *Medicine, Science and the Law*, 2010, 50, pp. 34 ss.
- BOWEN P., *The Blackstone's Guide to The Mental Health Act 2007*, Oxford University Press, 2007,
- BRACCO R., in *Speciale sanità del Sole 24 Ore*, 11-17 ottobre 2005.
- BROCCHI F., *La limitazione della libertà personale nelle comunità terapeutiche per malati di mente, tossicodipendenti e anziani*, tesi di laurea, Università degli Studi di Milano, 2007.
- BRUSCUGLIA L., BUSINELLI F. D., GALOPPINI A., *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, pp. 658 ss.
- BRUSCUGLIA, *Commentario alla l. 13 maggio 1978 n. 180*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1979, pp. 177 ss.
- BUCALO G., *Dietro ogni scemo c'è un villaggio*, Ragusa, 1990.
- BUCHANAN, A. e LEESE, M., *Detention of people with dangerous severe personality disorders: a systematic review*, in *The Lancet*, 358, 8 dicembre 2001, pp. 1955 ss.
- BUZZI e VERGINE, *Rifiuto di cure e limiti di applicazione dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Riv. it. med. legale*, 1983, pp. 59 ss.

- CAIRNS R., RICHARDSON G. e HOTOPIF M., *Deprivation of liberty: Mental Capacity Act safeguards versus the Mental Health Act*, in *The Psychiatrist*, 2010, 34, pp. 246 s.
- CALÒ E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004.
- CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004
- CARBONE E., *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, in *Dir. famiglia*, 2005, 2, pp. 611 ss.
- CARE QUALITY COMMISSION, *Monitoring the Mental Health Act in 2010/11*, in www.cqc.org.uk
- CARE QUALITY COMMISSION, *Monitoring the Mental Health Act in 2011/12*, in www.cqc.org.uk.
- CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005.
- CASACCHIA M., COLOMBO G., STRATTA P., *Psichiatria d'urgenza*, in *Trattato italiano di psichiatria*, a cura di PAVAN L., PANCHERI P., CASSANO G.B., (Coordinatori), pp. 2745-2760.
- CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, ed. Maggioli, 2008.
- CASTRONOVO C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori (relazione al convegno "I problemi giuridici dell'assistenza psichiatrica dopo la l. 180"*, Regione

- Emilia Romagna, Bologna, 2-3 aprile 1990), in *Jus*, 1990, pp. 183 ss.
- CASTRONOVO C., in *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di CENDON, ed in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 628 ss.
- CATALANO, NOBILI-CERQUETELLI, *Critica della nuova regolamentazione dell'assistenza psichiatrica*, in *Clinica psichiatrica*, 1979, pp. 9 ss.
- CATANESI R., CARABELLESE F., GUARINO F., *Analisi del comportamento violento in una popolazione di pazienti psichiatrici di Puglia e Basilicata*, in *Rass. it. criminologia*, I, 2007, pp. 43-79.
- CATTANEO, *Il consenso al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 949 ss.
- CENDON P. e ROSSI R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, 2009.
- CERRI A., *Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1984.
- Collettivo antipsichiatrico Violetta Van Gogh (a cura di) “T.S.O. e T.S.V.- Guida all'autodifesa”, <http://violetta.noblogs.org/post/2007/09/06/t.s.o-t.s.v.-guida-all-autodifesa>
- Comitato direttivo di URASaM Lombardia, *Riflessioni su*

t.s.o. e a.s.o., giugno 2008,
www.urasamlombardia.it/pages/news.php?start=4&IDnews=38.

COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Il trattamento dei pazienti psichiatrici: problemi bioetici*, 2009, reperibile all'indirizzo www.governo.it/bioetica/pdf/39.pdf.

COOPER D., *Il linguaggio della follia*, 1978 (ed. it. Milano, 1979).

CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 560 ss.

CURATOLA P., *Automutilazione*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, pp. 341 ss.

DARIO F., *La contenzione nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura*, in *Riv. it. med. legale*, 2013, I, pp. 167 ss.

DARJEE R., CRICHTON J. e THOMSON L., *Crime and Punishment (Scotland) Act 1997: a survey of psychiatrists' views concerning the Scottish 'hybrid order'*, in *The Journal of Forensic Psychiatry*, vol. 11, 3, 2000, pp. 608 ss.

DE CUPIS, *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.

DE GIROLAMO G., PICARDI A., SANTONE G., *La ricerca sui servizi di salute mentale in Italia. Una overview dei progetti di ricerca PROGRES*, in *Tendenze nuove*, 6, novembre-dicembre 2008.

- DELL'ACQUA G., MEZZINA R., COGLIATTI M. G., *Lesioni e minacce alla salute psichica*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di CENDON, pp. 808 ss.
- DIGILIO G., *Osservazioni sul Libro verde*, maggio 2006
reperibile all'indirizzo
http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/mental/green_paper/mentalgp_contributions_en.htm.
- DIGILIO G., *Verso una strategia per la salute mentale in Europa, obiettivi e difficoltà*, in *Ragioni socialiste*, n. 12, dicembre 2006.
- DODARO G. e FERRANNINI L., *Contenzione meccanica in psichiatria. introduzione a "focus"*, in *Riv. it. med. legale*, 2013, 1, pp. 167 ss.
- DODARO G., *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. legale*, 2011, 6, pp. 1483 ss.
- DODARO G., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011.
- DODARO G., *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni (nota a Tribunale della Lucania, 30 ottobre 2012 - dep. 27 aprile 2013)*, Giud. Garzo, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2013.

DUBS (LORD), dichiarazioni sul *Crime (Sentences) Bill*, in *House of Lords Hansard text*, 27 January 1997, Column 1048.

EASTMAN N., *Hybrid orders: an analysis of their likely effects on sentencing practice and on forensic psychiatric practice and services*, in *The Journal of Forensic Psychiatry*, 1996, p. 488.

EASTMAN P., *Public health psychiatry or crime prevention?*, in *British Medical Journal*, 1999, pp. 549 ss.

ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, pp. 938 ss.

ENUSP, European Network of (ex-)Users and Survivors of Psychiatry, *Statement to the White Paper*, reperibile all'indirizzo <http://www.enusp.org/>.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, Vienna, 2012.

FENNELL P., “Protection” Protection” Protection! *The Government's response to the Joint Parliamentary Scrutiny Committee on the Mental Health Bill 2004*”, in *Journal of Mental Health Law*, 2005 (Nov), pp. 1-3.

FENNELL P., *Force Feeding and the Mental Health Act 1983*, in *New Law Journal*, 1995, pp. 319 ss.

FENNELL P., *Sexual suppressants and the Mental Health Act*, (commento a *R. v Mental Health Act Commission Ex p. W*, *Times*, May 27, 1988), in *Criminal Law*

- Review*, 1988, pp. 660 ss.
- FERRANDO G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 1, pp. 3 ss.
- FERRANNINI L., PELOSO P. F., *Il comportamento violento in psichiatria e il disturbo antisociale di personalità: problemi e prospettive nell'intervento del dipartimento di salute mentale*, in *Rass. it. criminologia*, 2000, pp. 423 ss.
- FIANDACA G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra* (nota a C. appello Perugia, 9 novembre 1984 e Cass. pen., sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli, e Trib. Perugia, 20 ottobre 1986, Manuali), in *Foro it.*, 1988, II, c. 107 ss.
- FIORI A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, pp. 535 ss.
- FLICKER L., *Position Statement on physical restraint use in the elderly*, in *Australian Journal on AGEING*, 1996, 5, pp. 8 ss.
- FOCAULT M., *Storia della follia*, 1963 (ed. it. Milano, 1963).
- FONTANA G. L., *Commento all'art. 35*, in *Commentario alla l. 833/1978*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1979, pp. 1259-1263.
- FONTANA G., *Disturbati psichici e accertamento e trattamento sanitario obbligatorio*, in *Diritto & diritti*,

2003, reperibile in www.diritto.it/materiali/enti_locali/fontana3.html.

FORNARI U., *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori sotto il profilo del rapporto medico-paziente: il problema della scelta*, in *La responsabilità del medico in psichiatria, Problematiche etiche, deontologiche e medico-legali*, a cura di JOURDAN S. e FORNARI U., Napoli 1997.

FORNARI U., *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 332 ss.

FORNARI U., *Quale consenso informato in psichiatria*, in *Il consenso informato in psichiatria* (atti del convegno, Torino, 14 settembre 1996), a cura di FORNARI U., Napoli, 1997, pp. 14 ss.

GALLEGO J. A., *Safety and Tolerability of Antipsychotic Polypharmacy*, in *Expert Opinion on Drug Safety*, 2012, 11, pp. 527 ss.

GARLISI F., *L'amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai quesiti della pratica*, Giuffrè, 2012.

GATTI e TRAVERSO, *Malattia mentale e omicidio. Realtà e pregiudizi sulla pericolosità del malato di mente*, in *Rass. di criminologia*, 1979, vol. X, n. 1, pp. 77 ss.

GAVAZZI G., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970.

GIALUZ F., *Art. 111*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di BARTOLE e BIN, Padova 2008.

- GIANNICHECKDA M. G., *Il consenso del malato di mente al trattamento*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di Cendon.
- GIANNICHECKDA M.G., Relazione al Convegno “*Profili di tutela dei diritti della personalità*”, Trieste, 7-8 maggio 1982,
www.triestesalutementale.it/letteratura/testi/27leg180.htm.
- GILBERTI F., ROSSI R., *Manuale di psichiatria*, Padova, 2007.
- GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, 1961 (ed. it. Torino, 1968).
- GRAHAM J. ET AL., *European guidelines on managing adverse effects of medication for ADHD*, in *European Child & Adolescent Psychiatry*, 2011, 20, pp. 17 ss.
- GRASSI L., RUGGIANO M.G., *Alcune considerazioni sui trattamenti sanitari obbligatori con particolare riferimento alla situazione bolognese*, in *Dir. fam. e persone*, 1992, pp. 113 ss.
- GRECO O., MANIGLIA R., *Malattia mentale e criminalità*, in *Rass. it. criminologia*, I, 2007, pp. 111-129.
- GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, Torino, 1991.
- GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 210 ss.

- GUALANDRI G. et al., *Morte del paziente psichiatrico sottoposto a misure di contenzione fisica. Commento di due casi*, in Zacchia, 2005,, pp. 273 ss.
- GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, II dispensa, Milano, 1967.
- GUAZZOTTI A., *In margine al caso Welby: notazioni su adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in www.forumcostituzionale.it.
- HAREGREAVES R., “*The Mental Health Bill 2006 – A social worker perspective*”, in *Journal of Mental Health Law*, 2007 (Nov), pp. 85-96.
- HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, *In-patients formally detained in hospitals under the Mental Health Act, 1983 and patients subject to supervised community treatment. Annual figures, England, 2010/11*, in www.ic.nhs.uk
- HELEN PIDD, “*Ian Brady should stay in psychiatric hospital, tribunal rules*”, *The Guardian* , 28 giugno 2013
- HOME OFFICE, *Managing Dangerous People with Severe Personality Disorder: Proposals for policy development*, 1999.
- HOUSE OF COMMONS SELECT COMMITTEE ON HEALTH, *report* 13 luglio 2000, in www.publications.parliament.uk.
- INDEPENDENT ADVISORY PANEL, *Statistical Analysis of all recorded deaths of individuals detained in state custody between 1 January 2000 and 31 December 2010*,

pubblicato nell'ottobre 2011, in particolare p. 16 e appendice II.

INDEPENDENT ADVISORY PANEL, *Themes from the Independent Advisory Panel (IAP) on deaths in custody review of rule 43 reports, narrative verdicts and investigations reports where restraint was identified as a direct cause of contributory factor in the death*”, reperibile in <http://iapdeathsincustody.independent.gov.uk>

INTRONA F., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. legale*, 1980, pp. 13 ss.

INTRONA F., risposta in *Lettere al direttore*, in *Riv. it. med. legale*, 1980, pp. 12 ss.

JACKSON E., *Medical law. Text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2009

JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *IV report*, session 2006-07, in www.publications.parliament.uk.

JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *XXV report (Draft Mental Health Bill)*, session 2001-02, in www.publications.parliament.uk

KEOWN P., MERCER G., SCOTT J., *Retrospective Analysis of Hospital Episode Statistics, Involuntary Admissions under the Mental Health Act 1983, and Number of Psychiatric Beds in England 1996-2006*, *British Medical Journal*, 2008, p. 1837

- KEYWOOD K., *Rethinking the anorexic body: how english law and psychiatry 'think'*, in *International Journal of law and psychiatry*, 2003, 26, pp. 599 ss.
- LA FARINA, *Infermità mentale e diritti politici*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1979.
- LAING J. e GLOVER-THOMAS N., *Mental Health Law*, in *Principles of Medical Law*, a cura di Grubb A., Laing J. e McHale J., Oxford University Press, 2010
- LAING J., *Right versus risk? Reform of the mental Health Act 1983*, in *Medical Law Review*, 2000.
- LANGAN J. ET AL., *Antipsychotic dose escalation as a trigger for Neuroleptic Malignant Syndrome (NMS): literature review and case series report*, in *BMC Psychiatry* 2012, 12, pp. 214 ss.
- LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione*, a cura di Calamandrei e Levi, I, Firenze, 1950.
- LEWIS P., *Feeding Anorexic Patients Who Refuse Food*, in *Medical Law Review*, 1999, 7, pp. 21 ss.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2002.
- LOCK D. e MUNBY J., *The test for capacity*, in *Principles of Medical Law*, a cura di Grubb A., Laing J. e McHale J., Oxford University Press, 2010
- LOMBROSO C., *Gli anarchici*, in *Riv. sper. freniatria*, n. 1, 2008, pp. 11 ss.

- LONGO, in *Art. 32, in Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Milano, 2006.
- LORETTU L., SANNA M. N., *Malattia mentale e comportamento violento: psicodinamica e criterio prognostico imminente, condizionale e generico*, in *Rass. it. criminologia*, 1993, pp. 299 ss.
- LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2000.
- MACCHIA M., *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 209 ss.
- MAGLIONA B. e DEL SANTE M., *Trasfusioni di sangue e testimoni di Geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, in *Riv. it. med. legale*, 2009, n. 1, pp. 71 ss.
- MAGLIONA B., *Il trattamento sanitario dell'incapace naturale, Il trattamento sanitario dell'incapace naturale. Alcuni spunti di rilievo medico-legale offerti da un'interessante pronuncia della high court of justice*, in *Riv. it. med. legale*, 1997, n. 6, pp. 1231 ss.
- MANTOVANI F., *Aspetti giuridici della eutanasia*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1988, vol. CCVIII, pp. 74 ss.
- MASHOUR ET AL., *Psychosurgery: past, present and future*, in *Brain Research Review*, 2005, 48 (3), pp. 409 ss.

- MASONI R., *Istruzione e competenza nel procedimento di sostegno* (Relazione all'incontro di studio "Il punto sull'amministrazione di sostegno a otto anni dall'entrata in vigore della legge 6/2004" svoltosi a presso il CSM il 16 -18 gennaio 2012), in www.personaedanno.it.
- MASOTTI G., SARTORI T., GUAITOLI G., *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. legale*, 1992, pp. 305 ss.
- MASSA M., *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. legale*, 2013, I, pp. 179 ss.
- MELAMED Y. et al., *Clinical assessment of competency to consent to psychiatric hospitalization*, in *Int. J. of Law and Psychiatry*, 1999, pp. 55 ss.
- MENTAL HEALTH ACT COMMISSION, *In Place of Fear?, Eleventh Biennial Report 2003–2005*, all'indirizzo www.psychminded.co.uk.
- MENTAL HEALTH ACT COMMISSION, *Thirteenth Biennial Report 2007–2009, "Coercion and consent"*, (TSO, 2009), in <http://www.cqc.org.uk>.
- MENTAL HEALTH ACT COMMISSION, *Twelfth Biennial Report 2005-2007, "Risk, Rights, Recovery"*, (TSO, 2008), in <http://www.cqc.org.uk>.
- MENTAL HEALTH ACT IMPLEMENTATION TEAM, *Mental Health Act 1983 - Revised Code of Practice: summary of changes from current Code*, pubblicato da UK Department of Health, 2008.

MENTAL HEALTH AND DISABILITIES DIVISION, *Guidance on the High Security Psychiatric Services (Arrangements for Safety and Security in Ashworth, Broadmoor and Rampton Hospitals) Directions 2011*, DH, reperibile all'indirizzo www.gov.uk

MERLINI S., *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, pp. 55 ss.

MINISTRY OF JUSTICE - DEPARTMENT OF HEALTH, *“Dangerous and Severe Personality Disorder (DSPD) high secure services for men – Planning and delivery guide”*, in www.personalitydisorder.org.uk.

MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995.

MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione (A proposito delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 306 ss.

MONTANARO C., *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari 'non obbligatori')*, in *Giur. cost.*, 1983, pp. 1155-1177.

MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002.

MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007.

MORINI e MACRÌ, *Obbligatorietà delle vaccinazioni:*

- aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.* 1997, 3-4, pp. 883 ss.
- MORTATI C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione* (nota a Corte Cost. 30 giugno 1960 (ud. 21 giugno), n. 45), in *Giur. Cost.* 1960, pp. 689 ss.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975.
- MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972.
- MULLEN P., *Dangerous people with severe personality disorder: British proposals for managing them are glaringly wrong – and unethical*, in *British Medical Journal*, 1999, 319, pp. 1146 ss.
- MUNBY J., *Consent to treatment: patient lacking capacity and children*, in *Principles of Medical Law*, a cura di Grubb A., Laing J. e McHale J., Oxford University Press, 2010.
- MUSCATELLO M.R. ET AL., *Emerging treatments in the management of schizophrenia – focus on sertindole*, in *Drug Design, Development and Therapy*, 2010, 4, pp. 187 ss.
- NERI D., *La Convenzione europea di bioetica e la terapia genica*, in *Bioetica*, 4, 1998, pp. 516 ss.
- NEUHUT R. ET A., *Neuroleptic Malignant Syndrome in Children and Adolescents on Atypical Antipsychotic Medication: A Review*, in *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, 2009, 19, pp. 415 ss.

- NIVOLI G., LORETTU L., SANNA M. N., *Malattia mentale e comportamento violento: psicodinamica e criterio prognostico imminente, condizionale e generico*, in *Rass. it. criminologia*, 1993, pp. 299 ss.
- NIXON R., *After dozens of deaths, inquiry into bed rails*, *New York Times*, 26 novembre 2012.
- NORELLI G. A., MAGLIONA B., BONELLI A., *La contenzione fisica dell'anziano tra pratica clinica e violenza: aspetti medico legali*, in *Riv. it. Med. Legale*, 1999, pp. 1063 ss.
- ONIDA V., *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, in *Quest. giust.*, n. 2, 1982, pp. 366 ss.
- PACE A., *A che serve la carta dei diritti fondamentali dell'unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 1, 2001, pp. 193 ss.
- PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. AZZARITI, Torino 2007, pp. 103 ss.
- PACE A., *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 296 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1992.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003.
- PALERMO FABRIS E., *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario*

- obbligatorio per persona affetta da malattia mentale*, in *Riv. it. med. legale*, 1981, p. 337 ss.
- PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000.
- PANUNZIO S., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, pp. 894 ss.
- PARIOTTI E., *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 562 ss.
- PEAY, J., *Surviving psychiatry in an era of 'popular punitiveness'*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 2000, 101, p. 75
- PELAZZA M., *Incapacità legale e ricoveri coatti: giurisprudenza europea e situazione italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 25 Marzo 2013.
- PELLISSERO M., *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente* (nota a Cass. pen., sez. unite, 18 dicembre 2008, n. 2437), in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 447 ss.
- PERLIN M. L., *International human rights and mental disability law*, New York, 2012.
- PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 74 ss.
- PICCIONE D., *La crisi della giurisdizione sui*

- provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 4, 2002, pp. 3157 ss.
- PICIOCCHI C., *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?* in *Dir. pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1301 ss.
- PISANI M., *Art. 5*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Milano, 2001.
- PIZZI A., *Malattie mentali e trattamenti sanitari, Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978.
- POLI E., TANINI A., *Omicidi folli: studio clinico sul rapporto tra malattia mentale e omicidio*, in *Riv. sperim. freniatr.*, n. 1, 1987, pp. 147-159.
- PONTI G. e BOVIO L., *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di CENDON.
- POZZI E., commento alla sentenza Cass. pen., 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), n. 10795, *Pozzi*, pubblicato in www.psichiatria.it.
- PRACY P.Y. e BERNARD M.C., *Patient autonomy in physical restraint*, in *International Journal of Older People Nursing*, 2005, 14, pp. 34 ss.
- PULITANÒ D., *Sullo sciopero della fame di imputati in*

- custodia preventiva*, in *Quest. giust.*, 1982, n. 2, pp. 369 ss.
- RAMIREZ M. e HEM E., *Letter to the editor: thromboembolism after physical restraint*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 2001, pp. 473 ss.
- RE E., *I servizi di salute mentale: storia e organizzazione istituzionale*, ottobre 2006, www.ospedaleniguarda.it/resources/Servizi_SM_storia_organizzazione_ist_1038.pdf.
- REALDON A., *Lettere al direttore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, pp. 12 ss.
- REALDON A., *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. legale*, 1980, pp. 916 ss.
- REALDON A., *Nota a Pretura di Monfalcone*, 2 giugno 1980, in *Riv. it. med. legale*, 1980, pp. 910-919.
- RILEY A., *Legal English and the Common Law*, Padova, 2008.
- ROMANO – STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, pp. 388 ss.
- ROMANO C. A. e SAURGNANI I., *L'ospedale psichiatrico giudiziario oggi, tra ideologie e prassi*, in *Rass. it. criminologia*, n. 3-4, 2001, pp. 491 ss.
- ROSE N., *Disturbi senza confini? L'ambito sempre più allargato della pratica psichiatrica*, in *Riv. sper.*

freniatria, n. 1, 2008, pp. 101-126.

ROYAL COLLEGE OF PSYCHIATRISTS, *Second Reading Briefing on the Mental Health Bill 2006*, del 28 marzo 2007, in www.mentalhealthalliance.org.uk.

RUTHERFORD M., *Blurring the Boundaries. The convergence of mental health and criminal justice policy, legislation, systems and practice*, Londra 2010, reperibile in www.scmh.org.uk

SBORDONI S., *Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio*, in <http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/sbordoni/index.htm>

SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006.

SIMONCINI A., in *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Milano, 2006.

SORECA I., FAGIOLINI A., *Psicofarmaci e disfunzioni sessuali: meccanismi, prevalenza e gestione clinica*, in *Riv. sper. freniatria*, n. 1, 2006.

SZASZ T. S., *Il mito della malattia mentale*, 1974.

SZASZ T. S., *Legge, libertà e psichiatria*, 1963 (ed. it. Milano, 1984).

SZASZ T., *La malattia mentale: il phlogiston della psichiatria*, in *Riv. sper. freniatria*, 2004, n. 2, pp. 117-120.

- TERZI M. G., *In tema di pericolosità sociale psichiatrica*, in *Rass. it. criminologia*, 1993, pp. 367 ss.
- TERZIAN – TOGNONI, *Indagine sui Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura*, in *Atti Seminario SPDC*, Istituto Mario Negri (maggio 2001), in *Riv. sper. freniatria*, CXXVII, suppl. n. 2, 2003, pp. 9 ss.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005.
- THOMAS P. F., *Psichiatria, diritti umani e modello medico*, in *Riv. sper. freniatria*, 2007, n. 3, pp. 52 ss.
- TOGNONI G., TERZIAN E. (Cosorzio Mario Negri sud), *Epidemiologia dell'appropriatezza e della sicurezza dei trattamenti farmacologici nella pratica assistenziale dei Servizi Psichiatrici Territoriali*, in *Riv. sper. freniatria*, n. 3, 2007.
- TORESINI L., *SPDC aperti e senza contenzioni per i diritti inviolabili della persona*, Pistoia, 2004.
- TRIPODINA C., in *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di BARTOLE e BIN, Padova 2008.
- UNIVERSITÀ DI MANCHESTER, “*The National Confidential Inquiry into Suicide and Homicide by People with Mental Illness Annual Report*”, 2011.
- VALLINI A., *Il valore del rifiuto di cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubblico*, 2003, pp. 195 ss.
- VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica*

- italiana dalla l. n. 36 del 1904 alla l. n. 833 del 1978*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, pp. 115 ss.
- VENCHIARUTTI A., *Infermità di mente e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, pp. 598 ss.
- VENCHIARUTTI A., *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione*, (nota a Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998, n. 6240), in *La nuova giur. civ. comm.*, I, 1999, pp. 382 ss.
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, tomo II - I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale-parte speciale*, diretto da MARINUCCI e DOLCINI, Padova, 2003.
- VENTURINI E., *Quale diritto per il malato di mente in condizioni di emergenza psichiatrica?* in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, a cura di CENDON.
- VIGANÒ F., *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Corr. merito*, 2009, n. 4, pp. 345 ss.
- VIGANÒ F., *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.
- VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite* (nota a Cass. pen. 18 dicembre 2008, n. 2437), in *Cass. pen.*, n. 5., 2009, p. 45.

- VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 141 ss.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000.
- VIGANÒ F., *Art. 50*, in Dolcini – Marinucci (a cura di), *Codice Penale commentato*, IPSOA, 2011, pp. 720 ss.
- VIGANÒ F., *Art. 51*, in Dolcini – Marinucci (a cura di), *Codice Penale commentato*, IPSOA, 2011.
- VIGANÒ F., *Emotrasfusione nonostante il dissenso del paziente testimone di Geova: assolti i medici per errore inevitabile sulla legge penale*, in *Dir. pen. cont.*, 21 maggio 2013.
- VINCENZI AMATO D., *Art. 32 - secondo comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna 1976.
- VINCENZI AMATO D., *Tutela della salute e libertà individuale* (Testo della relazione svolta a Roma il 1° dicembre 1982 al Convegno su “Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità” presso il C.N.R.), in *Giur. cost.*, 1982, pp. 2467 ss.
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2008.
- VISINTINI G., *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 3, 1982, pp. 448 ss.
- WALTON P., *Reforming the Mental Health Act 1983: an*

Approved Social Worker Perspective, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2000, 22, pp. 410 ss.

WHITE S.M., *Preventive detention must be resisted by the medical profession*, in *J Med Ethics* 2002, 28, pp. 95 ss.

WHITAKER R., *Argomenti a sfavore dei farmaci antipsicotici: più danni che benefici in 50 anni d'impiego*, in *Medical Hypotheses*, 2004, 62, pp. 5-13, diffusione a cura dell'Osservatorio Italiano Salute Mentale.

WIDDETT C. e THOMSON M., *Justifying Treatment and Other Stories*, in *Feminist Legal Studies*, 1997, vol V, n. 1, pp. 77 ss

www.altrodiritto.unifi.it/devianza/sbordoni/index.htm..

www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2008/forum_biodiritto/Papers/Zuolo.pdf.

www.personalitydisorder.org.uk, nota “*About DSPD Programme*”, 4 maggio 2012.

ZATTI P., *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 426 ss.

ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e 'integrità' della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, pp. 408 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Art. 8*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Milano, 2001.

ZUOLO F., *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, pp. 6 ss., in